



**EL CONFLICTO DE IRAQ  
Y EL DERECHO INTERNACIONAL  
EL CASO COUSO**

**Albert Galinsoga Jordà  
(ed.)**

*sud  
nord*



# **El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional**

El caso Couso



# **El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional**

**El caso Couso**

**Albert Galinsoga Jordà  
(ed.)**

Edicions de la Universitat de Lleida  
Universidade de Santiago de Compostela  
Lleida, Santiago de Compostela, 2013

© Edicions de la Universitat de Lleida /  
Oficina Desenvolupament i Cooperació (ODEC) /  
Departament de Dret Públic, 2013, de esta edición  
© Universidade de Santiago de Compostela, 2013, de esta edición  
© los autores, 2013, de los textos para esta edición

**Edita**

Edicions de la Universitat de Lleida  
Edifici Polivalent  
c/ Jaume II, 71  
25001 Lleida  
[www.publicacions.udl.cat](http://www.publicacions.udl.cat)

Servizo de Publicacións e Intercambio Científico  
Universidade de Santiago de Compostela  
Campus Vida  
15782 Santiago de Compostela  
[www.usc.es/publicacions](http://www.usc.es/publicacions)

**Maquetación**

Estela Oya

**Diseño de cubierta**

cat & cas

ISBN 978-84-8409-600-9

9gHUdi V\WMCEYYWCE\W\UgXcdufcVBUUdcf6UbW'GUbHbXf

*En nombre de todos, a José Couso Permuy  
y a todas las víctimas de la guerra.*

*También, personalmente, a mi querido amigo  
Gonzalo Jar Couselo, in memoriam.*





# Índice

Presentación.....	13
-------------------	----

## **PRIMERA PARTE. El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional**

El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional <i>Albert Galinsoga Jordà</i> .....	25
--	----

Las bombas de racimo: un nuevo tratado de prohibición <i>Gonzalo Jar Couselo</i> .....	125
---	-----

La protección del derecho a la vida en los conflictos armados actuales: los asesinatos selectivos y las ejecuciones extrajudiciales ante el Derecho Internacional <i>José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto</i> .....	151
---	-----

La doctrina de imposición de la democracia. Consecuencias en la política exterior y la política interior de Estados Unidos <i>Joaquín Roy</i> .....	181
---	-----

La presidencia imperial <i>David C. Hall</i> .....	223
---	-----

La sociedad iraquí ante el proyecto de dominación colonial de Estados Unidos y ante el reto de la recuperación de su soberanía <i>Rafael Grasa Hernández</i> .....	249
--	-----

Las resoluciones 678 (1990) y 1441 (2002) del Consejo de Seguridad y los conflictos armados contra Iraq (1991 y 2003) <i>José B. Acosta Estévez</i> .....	255
---	-----

Las víctimas del conflicto iraquí <i>Jaime Clemente Sampietro</i> .....	297
--	-----

La tortura y los tratos inhumanos en el conflicto iraquí <i>Fernando M. Mariño Menéndez</i> .....	335
Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí <i>Jaume Saura Estapà</i> .....	347
El conflicto de Iraq y el patrimonio cultural <i>Núria Camps Mirabet</i> .....	369
¿Hacia una opinión pública europea (común)? Lecciones del impacto del 11S, Afganistán e Iraq <i>Stelios Stavridis y George Tzogopoulos</i> .....	387
El Iraq posterior a Sadam Huseín tras la invasión de 2003 <i>Alfonso Iglesias Velasco</i> .....	407

## **SEGUNDA PARTE. El caso Couso**

Tipicidad y antijuridicidad de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado en el Código Penal español <i>José B. Acosta Estévez</i> .....	435
Los ataques contra la población civil como crimen internacional <i>Eva Montoro Morate</i> .....	481
La muerte de José Couso: ¿un crimen de guerra? <i>Gonzalo Jar Couselo</i> .....	509
Los crímenes de guerra ante las jurisdicciones españolas <i>Guillem Soler Solé</i> .....	543
El caso Couso ante la jurisdicción española <i>Enrique Santiago Romero</i> .....	557
Razones de Estado y proceso justo <i>Juan Francisco Thomas Mulet</i> .....	579
El Derecho Internacional humanitario y su aplicación al caso Couso (Hotel Palestina, Bagdad [Iraq], 8 de abril de 2003) <i>Albert Galinsoga Jordà</i> .....	595

## **APÉNDICES**

Apéndice I. Algunos casos jurídicos relacionados con la guerra contra el Terrorismo y el conflicto de Iraq .....	643
Apéndice II. Carta de Javier Couso Permuy .....	673

Apéndice III. Cartas de adhesión .....	677
Miguel Ángel Gimeno Jubero. Magistrado .....	677
Miki Espuma. Director Teatral (La Fura dels Baus). Prou mentides! (catalán) / ¡Basta de mentiras! (español) .....	678
Alberto Masegosa. Periodista (Agencia Efe). El estigma del Hotel Palestina .....	680
Olga Rodríguez. Periodista (Premio Ortega y Gasset 2003). ‘Contra el crimen y olvido’ .....	681
Apéndice IV. La Declaració de Lleida (catalán) / La Declaración de Lleida (español) / Lleida’s Declaration (inglés) .....	685
Glosario de siglas .....	703



## Presentación

I. La Universidad de Lleida y la Cruz Roja organizaron, con la colaboración de un amplio conjunto de entidades<sup>1</sup>, los días 14, 17 y 18 de abril de 2008, una reunión científica bajo el título *El conflicto de Iraq ante el Derecho Internacional: el caso Couso*. Cinco años atrás, el 15 de febrero de 2003, Lleida, como ocurrió en muchas ciudades del mundo, había vivido la manifestación más multitudinaria de su historia en contra de la guerra en Iraq.

Cabe señalar, que la Universidad de Lleida tomó una parte muy activa en contra de la guerra destacando, el 26 de marzo de 2003, una jornada en contra de la misma durante la cual se celebró una asamblea informativa con la participación de todos los estamentos universitarios que acabó con la lectura de un manifiesto a favor de la paz. Se crearon diferentes mesas de reflexión, debate y generación de propuestas de actuación en el ámbito universitario y en la sociedad en general. De las conclusiones extraídas, se redactaron 14 propuestas que fueron presentadas a debate y aprobación en la reunión del claustro provisional extraordinario de la Universidad de Lleida, el 24 de abril de 2003, destacando, entre ellas, las siguientes:

se aprueba que la UdL reclame la aplicación de responsabilidad internacional de los Estados que han violado el Derecho Internacional y la responsabilidad penal individual de los autores y partícipes en los ilícitos penales.

[...]

Se aprueba que la UdL se solidarice con la Universidad de Al-Mustansiriya, bombardeada por las fuerzas de la coalición angloamericana, y manifiesta su rechazo y su condena a la destrucción del patrimonio artístico, al mismo tiempo que insta a los órganos de Gobierno de la UdL para establecer convenios de cooperación con universidades iraquíes. Se aprueba que la UdL continuará trabajando y fomentado la cultura de la paz<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La Facultad de Derecho y Economía y el Centre de Cooperació Internacional (ambos de la Universidad de Lleida), el Ayuntamiento de Lleida, la Diputación de Lleida, el Consell Comarcal del Segrià, el Col·legi de Periodistes de Catalunya, el ACNUR, Delegación en España, la Asociación Judicial Jueces para la Democracia, el diario *Segre*, el diario *La Mañana*, la Agencia Efe y el Ilustre Colegio de Abogados de Lleida.

<sup>2</sup> El documento completo se puede consultar, en su lengua original, en línea en [http://www.prouinvestigaciomilitar.org/documents/resolucions/mocio\\_llleida.pdf](http://www.prouinvestigaciomilitar.org/documents/resolucions/mocio_llleida.pdf) [citado 27 may 12].

Esta actitud no fue un fenómeno aislado protagonizado por la Universidad de Lleida, sino una posición asumida por el conjunto de las universidades de habla catalana. Así, el Consejo General, órgano supremo de gobierno de la Red de Universidades Instituto Joan Lluís Vives, integrado por los 18 rectores de las universidades de Cataluña, País Valenciano, Islas Baleares, Cataluña Norte y Andorra que forman parte del mismo, reunido el 28 de marzo de 2003, aprobó y emitió una manifiesto relativo a la guerra en Iraq en el cual “se rechaza el ataque ilegal, inmoral e ilegítimo al pueblo iraquí y se evidencia la solidaridad de las universidades de la red con este pueblo y, especialmente, con las universidades y centros educativos iraquíes, por los ataques que sufren, como el que ha afectado a la Universidad de *Al-Mustansiriya*, una de las más antiguas del mundo árabe”.

II. El 20 de marzo de 2003 un grupo de Estados coaligados en torno a Estados Unidos lanzó un ataque contra Iraq. El acto de agresión —así se califica en Derecho Internacional un ataque armado contra un Estado sin que corresponda ni al ejercicio de la legítima defensa (Iraq no había usado la fuerza armada contra ninguno de los coaligados) ni a una medida coactiva autorizada por el único órgano que legítimamente puede hacerlo (el Consejo de Seguridad [cs] de las Naciones Unidas)— se efectuó tras una importante derrota diplomática de la Administración Bush en la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Lo que escenificó el inicio de la guerra de Iraq fue un enfrentamiento entre dos concepciones acerca del futuro de la humanidad. Por una parte, el modelo imperial, en el que un centro de poder (el Gobierno de Estados Unidos y sus aliados) aplicó sus propios criterios al margen del Derecho Internacional y de las instituciones de la comunidad internacional, esgrimiendo pretextos como la legítima defensa preventiva (es decir, el ataque sin que se haya producido una agresión real), la lucha contra el terrorismo (sin aportar pruebas de la presunta implicación del Gobierno iraquí) y la implantación forzosa de la democracia, que no justifican en modo alguno el recurso a la fuerza.

Por otra parte, el modelo federal, que encarnan las Naciones Unidas y el Derecho Internacional. Es un modelo —del que la integración europea es la avanzadilla— basado en la distribución del poder en distintos niveles de gobernanza, una experiencia hacia la unidad respetuosa de la diversidad y la igualdad entre los países participantes. Los países en desarrollo ven en esta segunda opción una garantía para el respeto de su soberanía, un seguro contra el colonialismo y una esperanza realista de desarrollo sostenible.

La decisión que provocó la confrontación fue la de usar la fuerza contra un Estado soberano. Se trata de la decisión más grave que existe. ¿Hay que recordar que la guerra es el peor de todos los males? o ¿que la guerra no es la solución de ningún problema, sino el virus de las más graves desgracias que pueden asolar a la humanidad? Así lo proclama con solemnidad el preámbulo a la Carta de las Naciones Unidas (CNU): “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles”.

El resultado más grave y evidente del uso de la fuerza ha sido el millón de fallecidos que provocó el conflicto, el número incalculable de heridos y lesionados causa-

dos directa o indirectamente o los 4 500 000 personas que perdieron su hogar, entre refugiados y desplazados internos. Pero, lamentablemente, las consecuencias no se detienen aquí. La intensificación del radicalismo y del fenómeno terrorista está claramente relacionada con el conflicto y la ocupación del país. Cada vez hay una mayor relación entre Iraq y el conflicto afgano, que anteriormente era su foco principal y casi exclusivo. Los vínculos entre el conflicto de Iraq y los grandes atentados de Madrid y Londres se han demostrado con contundencia. Pero, quizá lo más grave —por sus dimensiones— sea el deterioro generalizado de las condiciones de vida en dicho país y en su zona de influencia. La situación de sectores vulnerables como mujeres y niños que fue calificada en 2007 como “desesperada” por parte del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

La decisión de utilizar la fuerza y su aplicación de espaldas a la inmensa mayoría de los Estados, de los órganos de las Naciones Unidas, de la sociedad civil —las grandes ONG, la opinión pública, los artistas, los escritores, los intelectuales y los científicos más emblemáticos, así como los grandes líderes religiosos— fue un crimen; un crimen atroz. Como establece la sentencia del Tribunal de Núremberg de 30 de septiembre de 1946: “Desencadenar una guerra de agresión no es solamente un crimen internacional: es el crimen internacional supremo y solo difiere de los otros crímenes por el hecho de que los contiene a todos”.

**III.** La muerte del periodista José Couso Permuy adquiere en este contexto una simbología especial. Couso es sin duda un símbolo de la defensa de la libertad de información, así como del derecho a saber la verdad. Aunque desgraciadamente no es un caso ni único ni aislado (en el mismo Hotel Palestina murió su compañero de la agencia Reuters, Taras Protsyuk), sí que constituye un ejemplo único de la voluntad de informar en las circunstancias más adversas.

Hay muchos testimonios de la voluntad de José Couso de convertirse en los ojos de la comunidad internacional en medio del conflicto. En efecto, siguió pendiente de los acontecimientos y llegó a filmar su propia muerte, quizá porque nunca llegó a creer que el tanque que le encañonaba pudiera dispararle a sangre fría y sin ningún motivo aparente. En ningún caso hay que olvidar que era, como los demás periodistas muertos, a centenares en Iraq, un civil desarmado. Un civil desarmado, rodeado de civiles desarmados, en un edificio civil, que no constituía una amenaza militar para el blindado que le mató.

El largo y tortuoso proceso judicial promovido en España para desentrañar las circunstancias de su muerte y exigir las responsabilidades que correspondan ha demostrado la determinación de una familia, pero también algunas peculiaridades del funcionamiento de la justicia. Por una parte, la inversión —difícil de explicar en términos jurídicos— de las funciones tradicionales del Ministerio Fiscal, promoviendo la investigación de los hechos enjuiciados, solicitando activamente la práctica de las pruebas pertinentes y formulando y concretando la acusación, incluida la petición de penas para los presuntos culpables. Por el contrario, la acusación pública que permaneció pasiva en el desarrollo del proceso, negándose a participar incluso en la inspección ocular en Bagdad, defendió la inexistencia de competencias de la jurisdicción y solicitó reiteradamente el archivo de las diligencias, alegando la inexistencia de delito.

Por otra parte, dos sentencias del Tribunal Supremo en 2006 y en 2010 han permitido proseguir la investigación judicial con todo fundamento. La primera de ellas confirmó la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar los hechos. La segunda denegó el archivo de los autos y ordenó la práctica de las pruebas necesarias para la conclusión del sumario.

**IV.** Todos estos extremos y muchos más que no han sido aquí objeto de comentario se estudian y analizan en el marco de la presente obra, *El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: el caso Couso*, en el que confluyen las aportaciones que combinan la investigación científica propia de las instituciones universitarias con la práctica profesional de la magistratura o la abogacía. También se funden los apoyos de todas las instituciones públicas y privadas que han colaborado en este largo proceso, así como las ayudas a la investigación recibidas por parte de la Oficina de Cooperación y Solidaridad (actual Oficina de Desarrollo y Cooperación) de la Universidad de Lleida o del *Institut Català Internacional per la Pau de la Generalitat de Catalunya*, en el marco de su plan plurianual (Resolución de 22 de abril de 2010 núm. 2009 RICIP 00004, número de referencia AGAUR: AG054345).

La primera parte del presente libro se dedica al análisis del conflicto iniciado con la invasión y ocupación militar de Iraq en marzo de 2003. El primer capítulo, de carácter panorámico, con el título “El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional” elaborado por Albert Galinsoga Jordà, editor científico de la obra, se plantea como objetivo ofrecer una síntesis de todos los aspectos jurídicos relevantes del conflicto, con una frecuente remisión a los trabajos publicados en esta obra, y una profundización o, incluso una llamada de atención, sobre aquellos aspectos que no se consideran objeto de un trabajo monográfico. Se inicia con el planteamiento de un marco teórico general, cuya única pertinencia consiste en el intento de resaltar el contraste entre la práctica imperialista que conduce al conflicto y el desarrollo de un Derecho Internacional actual de inspiración federal y democrática.

El segundo capítulo, “Las bombas de racimo: un nuevo tratado de prohibición”, elaborado por Gonzalo Jar Couselo —general de la Guardia Civil, doctor en Ciencias Políticas y Sociología y miembro del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de Cruz Roja Española (CEDIH)—, ahonda en este asunto destacando los esfuerzos de la comunidad internacional por abolir un tipo de armas desproporcionadamente dañinas, desde la perspectiva del Derecho Internacional humanitario. El marco institucional de las Naciones Unidas, la participación de todos los actores relevantes de la comunidad internacional y la asunción de valores universalmente compartidos son el hilo conductor de esta batalla jurídica desarrollada en el plano del multilateralismo.

Seguidamente, José Luís Rodríguez-Villasante y Prieto —doctor en Derecho, director del CEDIH de Cruz Roja Española y general consejero togado— analiza aspectos muy recientes del Derecho Internacional humanitario a la luz de la jurisprudencia y la práctica internacionales en el capítulo titulado: “La protección del derecho a la vida en los conflictos armados actuales. Los asesinatos colectivos y las ejecuciones extrajudiciales ante el Derecho Internacional”.

Los aspectos jurídicos de carácter general presentados en los capítulos anteriores sirven de marco en el que situar los contrastes de una política norteamericana que,



durante la pasada década, se apartó crecientemente del multilateralismo y del Derecho Internacional. Joaquín Roy —catedrático Jean Monnet y director del Centro de la Unión Europea de la Universidad de Miami (Estados Unidos)— analiza en el capítulo “La doctrina de la imposición de la democracia. Consecuencias en la política exterior y la política interior de Estados Unidos” las raíces profundas que presentan en la propia política interior de dicho país las distintas concepciones básicas (del mesianismo al aislacionismo) que marcan la historia de Estados Unidos y su proyección en el mundo.

El escritor y traductor norteamericano, colaborador del grupo de investigación sobre Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial de la Universidad de Lleida, David C. Hall contribuye, con el capítulo titulado “La presidencia imperial”, a desvelar el hondo calado de las aberraciones políticas y de las ilicitudes jurídicas que llevaron a la Administración Bush a un uso ilícito de la fuerza y a legitimar y practicar la tortura. Un riguroso trabajo que desvela la atmósfera política que preconizaba el ejercicio del poder político fuera de cualquier tipo de control y más allá de cualquier límite impuesto por la Constitución, el Parlamento o el Derecho Internacional.

Sigue un lúcido y sucinto análisis de la actuación de los coaligados, no solo desde el principio del conflicto, sino también de sus antecedentes y las raíces últimas que pueden explicar dicha actuación; pero también una evaluación de dicha conducta y de sus resultados. El trabajo lo presentó el profesor titular de Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Barcelona, Rafael Grasa Hernández, originalmente como una relatoría por encargo del Tribunal Internacional de Iraq en su sesión de Barcelona (del 16 al 22 de mayo de 2005) con el título: “La sociedad iraquí ante el proyecto de dominación colonial de Estados Unidos y ante el reto de la recuperación de su soberanía”. Se publica, por primera vez, por expreso deseo de su autor y aporta una visión precisa, clara y contundente del conflicto y sus consecuencias.

José B. Acosta Estévez —profesor titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Girona y miembro del grupo de investigación sobre Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial de la Universidad del Lleida— sitúa el debate político y las argumentaciones jurídicas que presidieron la víspera de la invasión de Iraq en marzo de 2003 en su capítulo: “Las resoluciones 678 (1990) y 1441 (2002) del Consejo de Seguridad y los conflictos armados contra Iraq (1991 y 2003)”. Se trata de un pormenorizado análisis jurídico que le lleva a concluir que no existió base jurídica alguna que pudiera legitimar el uso de la fuerza en el marco de las Naciones Unidas.

Jaime Clemente Sampietro —historiador, miembro del grupo de investigación sobre Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial y doctorando de la Universidad del Lleida— profundiza, en su capítulo “Las víctimas del conflicto iraquí”, no solo en las consecuencias más directas del conflicto en la población civil, sino también en su diferente naturaleza, distinguiendo entre una breve primera fase de conflicto simétrico y una extensa segunda fase de conflicto asimétrico. Así, observa la demolición del Estado iraquí y su sustitución por un Estado hueco, que tendrá demoledoras consecuencias políticas, económicas, jurídicas y humanitarias.

“La tortura y los tratos inhumanos en el conflicto iraquí” es el título de la aportación de Fernando M. Mariño Menéndez, catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid, miembro y expresidente del Comité contra la Tor-

tura de las Naciones Unidas. Se trata de una autorizada y rigurosa síntesis jurídica del asalto al corazón del Derecho Internacional que supuso el diseño y la aplicación de la guerra contra el Terror para los derechos humanos y el Derecho Internacional humanitario. Una valoración jurídica que solo podía lograrse desde su elevado nivel teórico y su incomparable experiencia en el seno del Comité contra la Tortura.

En el siguiente capítulo, “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional: su actuación en el conflicto iraquí”, Jaume Saura Estapà —profesor titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona y presidente del Institut de Drets Humans de Catalunya— analiza los parámetros jurídicos en que se inscribe la eclosión de una práctica que en el conflicto de Iraq adquirió un carácter masivo: los llamados *contratistas militares*. Profundiza en las consecuencias de dicho fenómeno en el ámbito de la responsabilidad internacional.

Núria Camps Mirabet —profesora titular de Derecho Internacional Público, miembro del grupo de investigación sobre Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial y entonces directora de la Oficina de Cooperación y Solidaridad de la Universidad de Lleida— aborda un tema sumamente importante y, a menudo, olvidado: “El conflicto de Iraq y el patrimonio cultural”. La autora cuenta, para ello, con una importante especialización en este campo, que ya fue objeto de su tesis doctoral *La protección internacional del patrimonio cultural*, leída en 2000. El estudio desvela la magnitud de la devastación producida en un marco de negligencia e ignorancia del derecho.

Stelios Stavridis —Aragon Research & Development, investigador senior del grupo de investigación sobre Gobernanza Mundial y Unión Europea de la Universidad de Zaragoza y miembro del grupo de investigación sobre Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial de la Universidad de Lleida— y George Tzogopoulos— Boddosakis Foundation Post-Doctoral Fellow, ELIAMEP (Hellenic Foundation for European & Foreign Policy) en Atenas (Grecia)— analizan en su capítulo “¿Hacia una opinión pública europea (común)? Lecciones del impacto del 11S, Afganistán e Iraq”, la naturaleza y los requisitos para la existencia de una opinión pública europea, tanto desde una perspectiva teórica general, como desde la experiencia de un conflicto iraquí que dividió a los países europeos.

Finalmente, Alfonso Iglesias Velasco, profesor titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Madrid y miembro del grupo de investigación sobre Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial de la Universidad de Lleida, trata en su capítulo sobre “El Iraq posterior a Sadam Huseín tras la invasión de 2003”, el grado de credibilidad que puede lograr el sistema judicial y político iraquí ante sus propios ciudadanos y ante la sociedad internacional.

La segunda parte de la presente obra está completamente dedicada a profundizar en el caso Couso. Con este objetivo José B. Acosta Estévez aporta un capítulo sobre “Tipicidad y antijuridicidad de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado en el Código Penal Español”, que enmarca la acción jurisdiccional española en los casos de Derecho Internacional humanitario y que ha sido el fundamento de procedimiento seguido ante los tribunales españoles. Se trata de un comentario minucioso de las disposiciones de referencia.

Eva Montoro Morate, técnica de la coordinadora de ONG de Lleida y miembro del grupo de investigación sobre Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial de la Universidad de Lleida aborda en términos generales el problema de “Los ataques contra la población civil como crimen internacional”, basándose, sobre todo, en la regulación establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) y en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY). Marco jurídico en el que se inscribe, sin duda, el caso Couso.

Seguidamente se reproduce, con permiso de su autor, el trabajo de Gonzalo Jar Couselo titulado “La muerte de José Couso: ¿un crimen de guerra?” (publicado originalmente en la obra colectiva *Criminal law between war and peace: justice and cooperation in criminal matters in international military interventions / El derecho penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*, Cuenca: Universidad de Castilla La Mancha, 2009). En dicho estudio combina sus conocimientos profesionales en el seno de las Fuerzas Armadas —en las que alcanzó el rango de general de División— con su condición de experto universal en Derecho Internacional humanitario, para sentar las bases de su participación como perito judicial en el Caso Couso.

Con el capítulo elaborado por el magistrado Guillem Soler Solé, miembro de la asociación judicial Jueces para la Democracia, “Los crímenes de guerra ante las jurisdicciones españolas”, se abre una perspectiva complementaria que, desde un profundo rigor y objetividad, sitúa el caso en un contexto de concreción que caracteriza la labor judicial más allá de la discusión académica.

A su vez, esta perspectiva judicial se ve complementada con la contribución de Enrique Santiago Romero, abogado especializado en derechos humanos, ex secretario general de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) y letrado de la acusación particular, en representación de la familia de José Couso. Su capítulo, titulado “El caso Couso ante la jurisdicción española”, ofrece una aproximación única, puesto que refleja el irrenunciable anhelo de justicia que ha caracterizado el desenvolvimiento del caso con una precisión jurídica que le ha permitido avanzar frente a innumerables obstáculos.

Juan Francisco Thomas Mulet —abogado, licenciado en Ciencias Políticas (Estudios Internacionales) y diplomado en Altos Estudios de Derecho Internacional, así como decano del Iltre. Colegio de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología de las Illes Balears— presenta el trabajo “Razones de Estado y proceso justo”. Se trata de un capítulo muy necesario, porque une al análisis jurídico la perspectiva política internacional, lo que le permite dar con una explicación razonable a hechos que no parecían tenerla, como la posición de la Fiscalía en el proceso. Las revelaciones de WikiLeaks han confirmado muchas de sus afirmaciones.

Albert Galinsoga Jordà contribuye a esta segunda parte con el capítulo “El Derecho Internacional humanitario y su aplicación al caso Couso (Hotel Palestina, Bagdad [Iraq], 8 de abril de 2003)”. Se trata de un estudio que constituye la base de su participación en el proceso, como perito judicial. El estudio se basa principalmente en la jurisprudencia internacional para subrayar el carácter de principios intransgredibles que tienen las normas fundamentales del Derecho Internacional humanitario, la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y la obligatoriedad, para todos los Estados,

de enjuiciar a sus presuntos autores, así como para concluir que la muerte de José Couso y de su compañero de Reuters, Taras Protsyuk, constituyó un crimen de guerra.

La parte final que incluye los apéndices de la obra está formada por un conjunto diverso de aportaciones que, a juicio del editor científico, le proporcionan una mayor riqueza e intensidad. Albert Galinsoga Jordà, Raúl del Palacio Sanmiguel y Domingo Sánchez Pont, ambos abogados y miembros del grupo de investigación sobre Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial de la Universidad de Lleida, presentan el resultado de una ardua investigación que les ha llevado a analizar una gran diversidad de casos surgidos a consecuencia del conflicto. “Algunos casos jurídicos relacionados con la guerra contra el Terrorismo y el conflicto de Iraq” es el título de este apéndice que, debido a su extensión, se ha dividido en fichas y breves referencias. El panorama que presentan es, sin duda, un contrapunto de la focalización efectuada en la segunda parte respecto al caso Couso.

La siguiente aportación consiste en una carta de Javier Couso Permuy, quien, como hermano y portavoz de la familia de José Couso, ha encabezado la exigencia de justicia en una acción perseverante de impacto mundial. La carta refleja y actualiza los aspectos más destacados del discurso que pronunció en las jornadas de 2008.

Se reproducen, a continuación, cuatro textos especialmente significativos enviados con ocasión de las jornadas por personas que se hallaban ausentes pero que querían exponer su voluntad de participar: el primero, de la periodista Olga Rodríguez (Cuatro), compañera y amiga de José Couso y también testigo en el procedimiento judicial, titulado “Contra el crimen y el olvido”; el segundo, del magistrado Miguel Ángel Gimeno Jubero, portavoz en ese momento de la asociación judicial Jueces para la Democracia y actual presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; el tercero, del periodista Alberto Masegosa (Agencia Efe), titulado “El estigma del Hotel Palestina”; y, finalmente, el de Miki Espuma, director teatral de La Fura dels Baus, expresión sincera de un sentimiento muy extendido en el mundo del arte y de la cultura.

Cierra este bloque y la presente obra el texto de la Declaración de Lleida sobre el respeto del Derecho Internacional en los conflictos armados y el caso Couso en catalán, español e inglés, aprobada por consenso tras intenso debate, por los participantes y las entidades representadas en las jornadas de 2008. Se hizo pública a través de diversos medios de comunicación y ha tenido un considerable impacto a través de Internet.

**V.** No puede concluir esta presentación sin realizar una referencia a la dedicatoria del libro. Esta obra ha sido elaborada en memoria de José Couso, como una humilde contribución a la abolición de la guerra. No somos originales. Un movimiento espontáneo de millones de personas en todo el mundo se manifestó en contra del uso de las armas. Fue la mayor manifestación de la existencia de una naciente comunidad global. Nosotros, los autores del libro, tenemos presente a José Couso, pero multitud de comunidades tienen sus propias víctimas y sus propios héroes.

Este es un libro jurídico. La investigación y la docencia del Derecho se enmarcan en un marco específico determinado, en términos generales, por el trabajo científico. Si se definiese la actitud científica como una continua observación objetiva que posibilita la constante corrección de errores, sería evidente que debería evitar las dos extrapolaciones caricaturizadas por Noam Chomski:

Todo el mundo puede ser un individuo moral, preocupado por los derechos y los problemas humanos; pero solamente un profesor universitario, un experto formado, puede resolver problemas técnicos con métodos “elaborados”. *Ergo*, solamente los problemas de esta última especie son importantes o auténticos. Los expertos responsables, no ideológicos, expresarán su parecer sobre cuestiones tácticas; los “tipos ideológicos” irresponsables “lanzarán arengas” sobre las cuestiones de principio y se preocuparán por las cuestiones morales y los derechos humanos, o sobre los problemas tradicionales del hombre y la sociedad, preocupación para la cual “la ciencia social y la ciencia del comportamiento” no tiene nada que ofrecer, como no sean trivialidades. Obviamente, esos tipos ideológicos y emocionales son irracionales, puesto que, siendo gente acomodada y teniendo el poder a su alcance, no deberían preocuparse por estas cuestiones<sup>3</sup>.

Este es pues, un libro surgido del trabajo científico y profesional pero, de ninguna manera es neutro ni táctico. Tiene vocación estratégica. Nada encarna mejor esta perspectiva que la obra de Gonzalo Jar Couselo. En la dedicatoria escribo “También, personalmente, a mi querido amigo Gonzalo Jar Couselo”. No significa que yo sea el único que considera que debemos dedicarle el libro. Significa que Gonzalo está personalmente presente en mi memoria en este momento. Significa que creo que fue un ser humano excepcional y que siempre nos acompañará, aunque falleciera sin llegar a ver el resultado final de nuestros esfuerzos respecto a Iraq y al caso Couso. Significa que, durante el dolor por su muerte, vi complacido una amplia esquelera en las necrológicas del diario *El País*, firmada por su amigo Diego López Garrido, secretario de Estado para la Unión Europea, que rezaba: “In memoriam. Gonzalo Jar, un general galleguista”. Sin embargo, lejos de mitigar la pérdida, me pareció insuficiente, porque mi percepción de su figura iba más allá.

Para mí, y hablo a título completamente personal, Gonzalo encarnó no solo los valores de la democracia, de la dignidad, de la libertad y del conocimiento, sino que también estaba completamente sumergido en un ámbito que para el era vocacional, el Derecho Internacional humanitario; este ámbito se nutre de una rara cualidad: la humanidad.

De Charles Darwin se ha popularizado una presunta teoría de la evolución como la supervivencia del más fuerte, entendido como un depredador en lucha constante con sus congéneres y su entorno. Sin embargo, el testimonio del propio Darwin no ha sido generalmente tenido en cuenta. El científico y humanista que mejor ha leído *el libro de la naturaleza*, sin embargo, veneraba la vida por encima de cualquier otra consideración y decía con la mayor sinceridad de su profesor Henslow que sus cualidades morales eran admirables en todos los sentidos: “estaba libre del menor resquicio de vanidad o de otros sentimientos mezquinos”. Una afirmación que, sin duda, se aplica a Gonzalo.

En la autobiografía que Darwin escribió para uso de su familia —pero que esta tuvo la generosidad de publicar, tras omitir los pasajes personales e íntimos—, afirmaba: “dudo que la humanidad sea una cualidad natural o innata”; es decir, la humanidad es una cualidad que se desarrolla en el ejercicio de una libertad responsable. Darwin,

---

<sup>3</sup> Noam Chomsky (1971): *La responsabilidad de los intelectuales y otros ensayos históricos*, Barcelona: Editorial Ariel: 55-56.

para quien matar un insecto con el objetivo de completar sus colecciones era un hecho injustificable<sup>4</sup>, mantenía la misma actitud moral que el científico y humanista Albert Schweitzer, quien la denominaba “reverencia por la vida”<sup>5</sup>.

En efecto, Gonzalo combinó, en tiempos extraordinariamente difíciles, su vocación militar con su naturaleza humanista. Y digo extraordinariamente difíciles recordando la noche de los años noventa en la que nos conocimos en el marco del Curso de Derecho Internacional humanitario que organizamos durante quince años conjuntamente con la Universidad de Lleida y la Cruz Roja. Pasaron los años y seguimos trabajando en las mismas causas.

Por eso quiero recordarle en Lleida en 2008, una vez más, entero y casi feliz a pesar de su enfermedad. Creo que disfrutó de las jornadas por la afinidad personal que tenía con los participantes, y sé que allí se forjó su prestación de servicios como perito judicial en el caso Couso.

Meses después declararía como perito judicial en la Audiencia Nacional a instancias de la acusación particular del caso Couso. Si cuento estos detalles es, sobre todo, para reafirmar las extremas dificultades y conflictos en que Gonzalo Jar tuvo que desarrollar su carrera para, no solo compatibilizar, sino también para llegar a la excelencia en su doble vocación.

Gonzalo era militar hijo de militares. Estoy totalmente convencido de que su contribución profesional y humana en el seno de las Fuerzas Armadas, a las que sirvió toda su vida, es una herencia impagable a favor de los valores que defendió tan firme y activamente durante toda su existencia.

Finalmente, tengo la satisfacción y el deber de expresar públicamente mi reconocimiento a la dedicación incondicional y la colaboración inestimable que —a lo largo de todo el proceso que ha dado origen a esta obra— han mantenido los miembros del Grupo de Investigación sobre “Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial” de la Universitat de Lleida. Especial referencia merece la permanente labor de la Dra. Núria Camps Miravet, Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, así como de todos sus miembros, entre los que tengo que destacar a Eva Montoro Morate, Jaime Clemente Sampietro, Raúl Del Palacio Sanmiguel, Julio Suárez Miranda y Domingo Sánchez Pont. Sin ellos nuestros propósitos —en sus múltiples dimensiones científicas y humanas— hubieran resultado imposibles de realizar. Sólo falta reconocer y agradecer la decidida e inestimable colaboración de la Universidade de Santiago de Compostela, que ha proporcionado el impulso definitivo para la culminación del proyecto.

Albert Galinsoga Jordà

---

<sup>4</sup> Charles Darwin (1993): *Autobiografía*, Madrid: Alianza Editorial: 8-9, 14 y 33. La autobiografía llevaba el título original de *Recollections of the development of my mind and character*, y fue concluida el 3 de agosto de 1876.

<sup>5</sup> Gabriel Jackson (1991, 23 abr): “Cuando no existe la fe...”, *El País*.

## **PRIMERA PARTE**

# **El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional**





# El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional

ALBERT GALINSOGA JORDÀ

Catedrático de Derecho Internacional Público  
Catedrático Jean Monnet de Integración Europea  
Universidad de Lleida

SUMARIO: I. El marco jurídico: 1. La proyección horizontal de la soberanía del Estado: 1.1. El principio de la igualdad soberana y sus corolarios jurídicos; 1.2. La libre determinación de los pueblos y sus corolarios jurídicos; 1.3. El principio de la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza: A. Fundamento y alcance normativo del principio; B. La legítima defensa como excepción; C. La ilicitud de la defensa preventiva; 2. La proyección vertical de la soberanía del Estado: 2.1. La concepción funcional de la soberanía del Estado; 2.2. La emergencia del principio de subsidiariedad; 2.3. De la gobernación a la gobernanza; 2.4. El imperialismo jurídico. II. El conflicto de Iraq: *ius ad bellum*: 1. Los antecedentes: Bosnia-Herzegovina y Kosovo: 1.1. Bosnia-Herzegovina; 1.2. El conflicto de Kosovo; 2. La guerra contra el Terror: 2.1. Afganistán (2001); 2.2. Iraq (2003): A. Los pretextos; B. Invasión y ocupación. III. *Ius in bello*. IV. Responsabilidad: 1. Las víctimas; 2. El principio de responsabilidad; 3. La responsabilidad internacional de Estados Unidos y Reino Unido; 4. La responsabilidad internacional de los otros Estados participantes en la coalición; 5. La responsabilidad de las empresas implicadas en actividades ilícitas; 6. La responsabilidad individual; 7. Las consecuencias de la responsabilidad: la reparación; 8. La reparación a los particulares víctimas de los hechos ilícitos. V. Consideraciones Finales.

Con el asesinato de Osama Bin Laden el 1 de mayo de 2011 por fuerzas especiales estadounidenses parece haberse cerrado un ciclo perverso de violencia que ha afectado durante más de una década a las relaciones internacionales y que ha llegado a cuestionar los fundamentos del Derecho Internacional. Sin embargo, esta fase constituye únicamente la más descarnada del terrorismo internacional y de su réplica: la guerra contra el Terror desatada a partir de los atentados del 11S de 2001. Muchos de los síntomas preocupantes se hallaban ya presentes antes de 2001 y muchos de ellos

serán difíciles de erradicar después de la muerte de Bin Laden. El conflicto de Iraq ha sido y continúa siendo un exponente de todo ello.

## I. El marco jurídico

El concepto tradicional de soberanía se inscribía en un marco conceptual establecido en la Edad Media acerca del *ius gentium*, el *bellum iustum* y el *ius humanis societatis*, teniendo —en la obra de Vitoria o de Suárez— muy presente la existencia de una comunidad universal del género humano. La paulatina pérdida de este horizonte humanista fue acrecentando la influencia de una concepción del Estado como un fin en sí mismo<sup>1</sup> y de la soberanía como una voluntad ilimitada, que condujo a la negación de la obligatoriedad de las normas internacionales. Esto queda patente, por ejemplo, en la afirmación de Kaufmann “who can, may”<sup>2</sup>, máxima expresión del imperialismo jurídico y de la política de fuerza. Se trata de una posición instrumentalista del Derecho Internacional, como ha hecho notar Koskeniemi:

Instrumentalism is the position of the powerful actor with many policy options from which to choose and resources to carry out its objectives. It is the position of one that is sure of itself, that is thoroughly embedded in a culture of dynamism. If law and what I know to be good do not meet, all the worse for law. This is not of course only an American attitude: it is an imperial attitude. The conservative lawyer from another empire —the Wilhelminian one— Erich Kaufmann, articulated the same ethos in his 1911 book, *Das Wesen des Völkerrecht und die Clausula rebus sic stantibus*: Nur der, der kann, darf auch. Who can, may. For the instrumentalist, law is bargain that has no intrinsic value<sup>3</sup>.

Pero, la consideración de la soberanía como un atributo específico del Estado en el Derecho Internacional tampoco es un elemento plenamente aceptado. La perspectiva normativista de Kelsen excluye esta posibilidad:

La afirmación de que la soberanía es una cualidad del Estado significa que el Estado es una autoridad suprema. La “autoridad” suele definirse como el derecho o el poder de expedir mandatos obligatorios. El poder real de inducir a otros a que observen determinado comportamiento no basta para constituir a una autoridad. El individuo que es o tiene autoridad debe haber recibido el derecho de expedir mandatos obligatorios, de tal manera que otros individuos se encuentren obligados a obedecer. Tal derecho o poder solo puede ser conferido a un individuo por un orden normativo. Así pues, la autoridad

---

<sup>1</sup> Como queda expresado en la muy influyente obra de Hegel, en un contexto de negación de los derechos individuales y de exaltación de la guerra o de la *raison d'État*: “El Estado, en cuanto realidad de la voluntad sustancial, realidad que esta tiene en la autoconciencia particular elevada a la universalidad, es lo racional en y por sí. Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene su derecho superior al individuo, cuyo supremo deber es ser miembro del Estado” (Hegel, 1999: 370).

<sup>2</sup> Citado en Lauterpacht, 1966: 413. Este toma la cita de la monografía de Kaufmann sobre la cláusula *rebus sic stantibus*: *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*.

<sup>3</sup> Koskeniemi, 2004: 9.

es originariamente la característica de un orden normativo. Solo un orden normativo puede ser “soberano”, es decir, autoridad suprema, o última razón de las normas que un individuo está autorizado a expedir con el carácter de “mandatos” y que otros individuos están obligados a obedecer<sup>4</sup>.

La soberanía está asociada a una serie de nociones afines, como *autoridad, jurisdicción, competencia, competencia exclusiva, prerrogativa, facultad, atributo, título, potestad, control, control efectivo, poder, dominio, imperium, autarquía, autonomía, independencia, majestas o legitimidad*, que deben ser diferenciadas y jurídicamente definidas según su naturaleza y funciones en el seno del ordenamiento jurídico, para evitar que algunos de estos conceptos, como el de *ownership* (‘propiedad’), sean asimilados a la noción de *sovereignty* (‘soberanía’).

Concretamente: “It is true of course that in law “ownership” is distinct from “sovereignty”, but the enquiry here was directed at Singapore’s sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Johor does not put that matter in doubt in any way at all. In international litigation “ownership” over territory has sometimes been used as equivalent to “sovereignty””<sup>5</sup>.

Hay una distinción que, a mi juicio, marca profundamente al Derecho Internacional actual y que está presente implícita o explícitamente en la mayoría de las reflexiones y debates en torno del concepto jurídico de *soberanía*: la diferencia entre las proyecciones horizontal y vertical del concepto, que parcialmente se corresponden a la dimensión exterior e interior de la soberanía. En realidad, las transformaciones que el Derecho Internacional aporta a la soberanía del Estado, como concepto jurídico, pueden resumirse del siguiente modo: una reafirmación y un desarrollo progresivo en el plano horizontal de las relaciones entre Estados, por una parte, y una progresiva transformación en autonomía jurídica en el plano vertical de su proyección interior hacia la población del Estado y exterior hacia la comunidad internacional, adquiriendo un carácter crecientemente funcional.

## 1. La proyección horizontal de la soberanía del Estado

Las referencias a la noción de *soberanía del Estado* en la CNU están vinculadas a otros conceptos de la misma familia semántica. En el marco de los principios jurídicos proclamados por la CNU, el artículo 2.1, establece que la organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros y el artículo 2.4 se refiere a la integridad territorial y la independencia política de los Estados. La proyección horizontal de la soberanía se refiere, pues, a la igualdad jurídica, a la integridad territorial y la independencia política de los Estados.

---

<sup>4</sup> Kelsen, 1979: 456.

<sup>5</sup> Cfr. CIJ (2008): “Case concerning sovereignty over Pedra Branca / Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia / Singapore). Judgement, 23 May 2008”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 61-62. A su vez, el texto remite a otro documento: “(see, e.g. Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, Eritrea / Yemen (1998) 22 RIAA, pp. 209, 219, para. 19 and pp. 317-318, para. 474)”.

### 1.1. El principio de la igualdad soberana y sus corolarios jurídicos

La idea de la *igualdad jurídica* tiene una raigambre clásica. Herodoto creía en la *isonomía*, que significa ‘igualdad ante la ley’, como un elemento básico del orden social<sup>6</sup>. La igualdad puede concebirse como la “qualité d’un régime juridique qui prévoit formellement que tous les sujets de droit relevant d’une même catégorie bénéficient du même traitement juridique par rapport à des droits déterminés”<sup>7</sup>.

En un sistema jurídico el principio de igualdad de los sujetos —como mínimo, en el seno de las distintas categorías— actúa como el principio de identidad en un sistema matemático: es una premisa imprescindible. De este modo, la igualdad en la soberanía constituyó el principio axiomático sobre el que se construyó el Derecho Internacional clásico. Su carácter de premisa hace que funcione como una condición necesaria o como una presunción.

Como declaró el tribunal arbitral que juzgó el asunto del Lago Lanós: “Il a été soutenu, devant le Tribunal, que ces modifications devaient être interprétées d’une manière restrictive, parce que dérogeant à la souveraineté. Le Tribunal ne saurait admettre une formule aussi absolue. La souveraineté territoriale joue à la manière d’une présomption. Elle doit fléchir devant toutes les obligations internationales, quelle qu’en soit la source, mais elle ne fléchit que devant elles”<sup>8</sup>.

La noción de *igualdad* es estrictamente jurídica. En el proceso de universalización del Derecho Internacional, la igualdad de los Estados fue proclamada como el principio fundacional establecido por la CNU. Este aspecto de la soberanía del Estado se ha ido desarrollando crecientemente. Se trata del carácter exclusivo de las competencias estatales respecto de otros Estados. La reafirmación de la igualdad soberana y de sus corolarios, como el principio de no intervención, han ido desplegando sus potencialidades por la vía jurisprudencial.

Así, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su sentencia en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, declaraba: “A State’s domestic policy falls within its exclusive jurisdiction, provided of course that it does not violate any obligation of international law. Every State possesses a fundamental right to choose and implement its own political, economic and social systems. Consequently, there would normally be no need to make any enquiries, in a matter outside the Court’s jurisdiction, to ascertain in what sense and along what lines Nicaragua has actually exercised its right”<sup>9</sup>.

Estas afirmaciones derivan de una premisa que, como afirmaba Kelsen, está muy bien asentada en el Derecho Internacional: “la soberanía de un Estado excluye a la de

---

<sup>6</sup> Jahanbegloo, 1993: 197.

<sup>7</sup> Salmon, 2001: 417.

<sup>8</sup> Cfr. Naciones Unidas (2006): “Affaire du Lac Lanoux (Espagne, France), 16 Novembre 1957”, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII: 300-301 [en línea en [http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_XII/281-317\\_Lanoux.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XII/281-317_Lanoux.pdf), citado 27 may 12].

<sup>9</sup> Cfr. CIJ (1986): “Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits and judgement, 27 June 1986”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 265.

cualquier otro Estado”<sup>10</sup>. La CIJ se ha referido al “principio fundamental de la soberanía del Estado, en el que descansa el conjunto del Derecho Internacional”<sup>11</sup>, que se manifiesta en el conjunto del ordenamiento jurídico, en principios, conceptos o instituciones como *reciprocidad*, *equidistancia*, *contramedidas*, *objecciones a las reservas*, *non adimpleti contractus* o *par in parem non habet imperium*.

## 1.2. La libre determinación de los pueblos y sus corolarios jurídicos

La proyección horizontal de la soberanía conecta con los conceptos de *independencia (nacional)* y de *libre determinación (de los pueblos)*. La relación de ambos principios con el de soberanía es tan evidente que conduce a confusiones en la doctrina científica y en la práctica internacional. El término *pueblo* se usa con frecuencia como sinónimo de la población de un Estado, como en el preámbulo de la ONU:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos

[...]

Por lo tanto, nuestros respectivos Gobiernos, por medio de representantes reunidos en la ciudad de San Francisco [...], han convenido en la presente Carta [...].

La utilización del término *pueblos* como sujeto de la libre determinación, en el artículo 1.2 condujo a Kelsen a entender que la igualdad de los pueblos no podía significar otra cosa que la igualdad de los Estados<sup>12</sup>. Es bastante claro que los conceptos de *Estado*, *nación* y *pueblo* son utilizados, por los órganos políticos de la ONU, como la Asamblea General (AG), a veces como sinónimos<sup>13</sup>. Por ejemplo, la Resolución 45/151 de la AG, de 18 de diciembre de 1990, sobre el respeto de los principios de soberanía nacional y de no injerencia en los asuntos internos de los Estados en lo que concierne a los procesos electorales, maneja así dichos conceptos:

*Reafirmando* los propósitos de las Naciones Unidas de fomentar entre las *naciones* [cursiva del autor] relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los *pueblos* [cursiva del autor], así como de tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.

[...]

<sup>10</sup> *Op. cit.* Kelsen, 1979: 459.

<sup>11</sup> *Doc. cit.* CIJ (1986): “Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits and judgement, 27 June 1986”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 14.

<sup>12</sup> “However, Article 1, paragraph 2, refers to relations among states. Therefore the term “peoples” too—in connection with “equal rights”—means probably states, since only states have “equal rights” according to general international law. [...] [Y más claramente] If the term “peoples” in Article 1, paragraph 2, means the same as the term “nations” in the Preamble, then “self-determination of peoples” in the Article 1, paragraph 2, can mean only “sovereignty” of the states”. Cfr. Kelsen, 1951: 52-53.

<sup>13</sup> Un mayor rigor, aunque limitado por ciertos solapamientos, se da en el recurso a los conceptos de *Estado* y *pueblo* en el acta final de Helsinki (1975), que contiene una única referencia a los derechos de las minorías nacionales. Cfr. OSCE (<http://www.osce.org/es/mc/39506?download=true> [citado 27 may 12]).

*Reconociendo* que los principios de soberanía *nacional* [cursiva del autor] y de no injerencia en los asuntos internos de ningún *Estado* [cursiva del autor] deben respetarse en la celebración de elecciones,

*Reconociendo también* que no existe un sistema político único ni modelo único de proceso electoral que se pueda aplicar por igual a todas las *naciones* [cursiva del autor] y sus *pueblos* [cursiva del autor], y que los sistemas políticos y los procesos electorales se ve afectados por factores históricos, políticos, culturales y religiosos.

La relación entre estos conceptos está muy clara en opinión de Truyol y Serra: “el mismo principio de las nacionalidades, en su versión más compleja de principio de autodeterminación de los pueblos, ha hecho aumentar el número de Estados mediante la desmembración de Estados plurinacionales”<sup>14</sup>.

Es fácil reconocer a los pueblos como el fundamento actual de algunos derechos de los Estados. Dos documentos lo reconocen, así: “todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, *sin injerencia externa*, su condición política” (Resolución de la AG 2625 [XXV], de 24 octubre de 1970, de declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la CNU); “todos los pueblos pueden *disponer libremente de sus riquezas y de sus recursos naturales*” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC]); o “el *establecimiento de un Estado soberano e independiente* [...] constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo” (nuevamente la Resolución de la AG 2625 [XXV]). Ello se debe a que la naturaleza jurídica del principio de la libre determinación de los pueblos viene determinada por su *vis expansiva*, ya que “su ejercicio posee una virtualidad permanente”<sup>15</sup>, que no se agota con la independencia u otra forma de autonomía política.

Al hilo de lo anterior, su vigencia como un principio fundamental ha sido reiteradamente afirmada por la CIJ, que en su sentencia en el asunto de Timor oriental, establecía: “In the Court’s view, Portugal’s assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice has an erga omnes character is irreproachable. The principle of self-determination of peoples has been recognized by the United Nations Charter and in the jurisprudence of the Court; it is one of the essential principles of contemporary international law”<sup>16</sup>.

Su inclusión como propósito en la CNU minó el fundamento del sistema internacional tradicional: el dogma de la soberanía del Estado y el respeto recíproco por parte de los Estados de su ordenamiento interno<sup>17</sup>. Al cuestionar los imperios (autodeterminación como ‘anticolonialismo’) y la estructura interna de los Estados (libre determinación como ‘protección de los derechos de nacionalidades y minorías’ y como ‘criterio de elección de Gobiernos democráticos’) marcó en la sociedad internacional el paso

<sup>14</sup> Truyol y Serra, 1994: 108.

<sup>15</sup> Gros Espiell, 1976: 62.

<sup>16</sup> Cfr. CIJ (1995): “Case concerning East Timor (Portugal v. Australia). Judgement, 30 June 1995”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 102.

<sup>17</sup> Cassese, 1985: 53.

de lo que, en palabras de Falk<sup>18</sup>, era el “modelo de Westfalia” al “modelo de la Carta”. Así, el juez Weeramantry ha citado un estudio en el que diversos Estados caracterizaban el principio como “muy importante”, “fundamental” o “indispensable para la comunidad de las naciones”:

As that study observes, the principle was variously characterized at those discussions as “one of the most important principles embodied in the Charter” (Japan); “one of the foundation stones upon which the United Nations was built” (Burma); “basic to the United Nations Charter” (Canada); “one of the basic ideals constituting the *raison d’être* of the Organization” (France); “the most significant example of the vitality of the Charter and its capacity to respond to the changing conditions of international life” (Czechoslovakia); “a universally recognized principle of contemporary international law” (Cameroon); “one of the fundamental norms of contemporary international law” (Yugoslavia); “a fundamental principle of contemporary international law binding on all States” (Poland); “one of paramount importance in the present era of decolonization” (Kenya); and “indispensable for the existence of [the] community of nations” (United States of America)<sup>19</sup>.

La virtualidad permanente del principio comporta, asimismo, la exigencia de la no intervención foránea en los asuntos internos de un estado. En su sentencia sobre el fondo del asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (1986), la CIJ declaró que el principio de no intervención forma parte del Derecho Internacional consuetudinario, exigiendo el respeto a la integridad política. El principio es un corolario de la igualdad soberana, está arraigado en la *opinio iuris* de los Estados y está respaldado por una práctica importante, que no sufre menoscabo en su vigencia por las intervenciones producidas de manera ilícita:

202. The principle of non-intervention involves the right of every sovereign State to conduct its affairs without outside interference; though examples of trespass against this principle are not infrequent, the Court considers that it is part and parcel of customary international law. As the Court has observed: “Between independent States, respect for territorial sovereignty is an essential foundation of international relations” (*I.C.J. Reports 1949*, p. 35), and international law requires political integrity also to be respected. Expressions of an *opinio juris* regarding the existence of the principle of non-intervention in customary international law are numerous and not difficult to find. [...] The existence in the *opinio juris* of States of the principle of non-intervention is backed by established and substantial practice. It has moreover been presented as a corollary of the principle of the sovereign equality of States<sup>20</sup>.

Esta corte recordó también que un pretendido derecho de intervención es la manifestación de una política de fuerza que ha provocado los abusos más graves y que es contraria al Derecho Internacional (asunto del estrecho de Corfú), en concreto al principio del respeto de la soberanía de los Estados, íntimamente vinculado con los

<sup>18</sup> Falk, 1985: 116-142.

<sup>19</sup> Doc. cit. CIJ (1995): “Case concerning East Timor (Portugal v. Australia). Judgement, 30 June 1995”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 194-197.

<sup>20</sup> Doc. cit. CIJ (1986): “Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits and judgement, 27 June 1986”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 106.



principios de prohibición del uso de la fuerza y de no intervención. La CIJ subrayó que este principio prohíbe a todo Estado o grupo de Estados la intervención en materias en las que el principio de la igualdad soberana permite a los Estados decidir con plena libertad, como la elección del sistema político, económico, social y cultural o la formulación de su política exterior:

205. [...], in view of the generally accepted formulations, the principle forbids all States or groups of States to intervene directly or indirectly in internal or external affairs of other States. A prohibited intervention must accordingly be one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty to decide freely. One of these is the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy. Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones. The element of coercion, which defines, and indeed forms the very essence of, prohibited intervention, is particularly obvious in the case of an intervention which uses force, either in the direct form of military action, or in the indirect form of support for subversive or terrorist armed activities within another State<sup>21</sup>.

Pero, la perspectiva horizontal de la soberanía extiende sus consecuencias jurídicas más allá de la independencia y de la libre determinación. En el asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo la CIJ, aunque no lo consideró aplicable al caso, reafirmó el principio de la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales como una norma consuetudinaria del Derecho Internacional, así:

244. [...] The Court recalls that the principle of permanent sovereignty over natural resources is expressed in General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962 and further elaborated in the Declaration on the Establishment of a New International Economic Order (General Assembly resolution 3201 (s.VI) of 1 May 1974) and the Charter of Economic Rights and Duties of States (General Assembly resolution 3281 (XXIX) of 12 December 1974). While recognizing the importance of this principle, which is a principle of customary international law [...]<sup>22</sup>.

En este mismo sentido se situaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), respecto de la independencia y la no intervención en el asunto del Partido Nacionalista Vasco-Iparralde contra Francia, cuando declaró que la argumentación del Gobierno francés: “el principio de la soberanía nacional está inextricablemente vinculado al de la independencia nacional, que prohíbe la interferencia extranjera en el desarrollo de la política nacional” era básicamente correcta. Además, a este respecto, puntualizó en el párrafo 47 lo siguiente: “In the instant case the Court has no difficulty in accepting that the prohibition on the funding of political parties by foreign States is necessary for the preservation of national sovereignty; indeed, the “Guidelines on the financing of

---

<sup>21</sup> Ídem.

<sup>22</sup> Cfr. CIJ (2005): “Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Judgement, 19 December 2005”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 87 [en línea en <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>, citado 27 may 12].



political parties” adopted by the Venice Commission<sup>23</sup> state that financial contributions from foreign States should be prohibited<sup>24</sup>.

La proclamación y reafirmación de estos principios fundamentales ha ido pareja a la firme condena de los crímenes contra ellos. Así, el genocidio, la agresión, el *apartheid*, o la denegación forzosa de la libre determinación constituyen ilícitos que “estremecen la conciencia de la humanidad”, como declaró la CIJ en la opinión consultiva sobre el asunto de las reservas a la Convención sobre el genocidio<sup>25</sup>.

### 1.3. El principio de la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza

Frente a la concepción que distingue al derecho de otros órdenes normativos por el respaldo social susceptible de aplicarse coactivamente, Olivecrona señalaba: “No es posible mantener que el Derecho, en un sentido realista, está garantizado o protegido por la fuerza. La situación real es que el Derecho, el cuerpo normativo recapitulado como Derecho, consiste básicamente en normas acerca de la fuerza, normas que contienen pautas de conducta para el ejercicio de la fuerza”<sup>26</sup>.

#### A. Fundamento y alcance normativo del principio

Una noción conectada a la fuerza es la de *necesidad*. Así, Müller Erzbach, caracteriza a la necesidad como la “piedra angular del derecho”, el factor o fuerza que lo conforma y que le da su impulso determinante, matizando que las necesidades y los intereses no actúan como fuerzas naturales enfrentadas, sino solo en el marco de un proceso de selección y valoración que determina si dichos intereses o necesidades son dignos de ser protegidos por el derecho<sup>27</sup>. En este sentido, con motivo del asunto del *Caroline* (1906), el secretario de estado de los Estados Unidos, Daniel Webster, manifestó que la necesidad debe caracterizarse por ser instantánea, irresistible (*overwhelming*) y sin elección de medios alternativos ni tiempo para la deliberación, mientras que la proporcionalidad exigía demostrar que las acciones emprendidas no eran ni irrazonables ni excesivas<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> En su 46.<sup>a</sup> reunión plenaria la Comisión de Venecia adoptó sus directrices sobre la financiación de los partidos políticos (Comisión de Venecia [2001]: “Guidelines and Report on the Financing of Political Parties, 9-10 March 2001”).

<sup>24</sup> TEDH (2007): “Case of Parti Nationaliste Basque-Organisation Régionale d'Ipparralde v. France. Judgement, 7 June 2007”.

<sup>25</sup> Cfr. CIJ (1951): “Case concerning the reservations to the Convention on Genocide. Advisory opinion, 28 May 1951”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 23.

<sup>26</sup> Citado en Bobbio, 1980: 336. Además, Olivecrona aclaraba al respecto: “The proper thing to do seemed to be cut loose from the old book and write a new one. My views have not changed in any important respect. But much more had to be said, and the exposition had to be differently arranged” (Olivecrona, 1939: 7).

<sup>27</sup> Citado en Henkel, 1968: 378-379.

<sup>28</sup> En 1837 había un estado de paz entre Estados Unidos y Gran Bretaña. Sin embargo, una insurrección armada se produjo en Canadá, que recibió apoyo de nacionales estadounidenses que fletaron un barco, el

Para visualizar las facetas del principio de la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en su evolución hasta la actualidad, hay que tener presentes, entre otros muchos factores, el uso de la fuerza contra Venezuela en 1902, la Convención Drago-Porter, el rearme del período inmediatamente posterior, paralelo a la fallida creación del Tribunal Internacional de Presas, el aumento del proteccionismo comercial, el estallido de la primera guerra mundial, la creación de la Sociedad de Naciones y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la ausencia de los Estados Unidos y la marginación de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), la puesta en funcionamiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), el surgimiento del fascismo, el Pacto Briand-Kellogg, el *crash* de 1929, el auge del imperialismo japonés y de los fascismos europeos, la no intervención de la Sociedad de Naciones en la guerra civil española, los Acuerdos de Múnich, el estallido de la segunda guerra mundial, la creación de las Naciones Unidas y la entrada en vigor de la CNU. Esta secuencia puede y debe seguirse hasta la actualidad, pero a efectos ilustrativos permite en su imperfección situar la forja del principio en su evolución histórica y en su contexto social.

La Conferencia de Codificación de La Haya de 1930 fue escenario del reconocimiento por los Estados participantes de los principios generales del derecho como normas de conducta que les vinculaban en sus relaciones mutuas<sup>29</sup>. Ello se producía en un contexto caracterizado por la conclusión del Tratado General de Renuncia a la Guerra (1928), que constituyó un importante avance en la consideración del uso de la fuerza como hecho absolutamente antijurídico<sup>30</sup>.

A partir de la CNU, la jurisprudencia lo ha considerado como uno de los principios fundamentales o esenciales del Derecho Internacional consuetudinario, con las siguientes palabras: “Le principe de la prohibition de l’emploi de la force, exprimé à l’article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies est accepté par les États comme étant non seulement un principe de droit international coutumier, mais encore un principe fondamental ou essentiel de cet droit”<sup>31</sup>.

La prohibición del uso de la fuerza es el complemento necesario de la obligación de los Estados —extensible a los otros sujetos del Derecho Internacional— de solucionar sus diferencias por medios pacíficos. En este sentido, la resolución de los conflictos derivados de la pluralidad de valores e intereses de los miembros de la comunidad internacional se halla enmarcada en un conjunto de principios y normas muy generales del Derecho Internacional. Como ha señalado Delbrück: “there is a body of law providing positively for those activities of the international community that are conducive to establish a peaceful order based on social justice and the observance of human rights. In developing the alter, international law has changed from a rather formal set

---

*Caroline*, en favor de los insurrectos. La destrucción del barco y la muerte de varios de sus tripulantes en la orilla estadounidense el río Niágara produjeron un grave incidente diplomático. Gran Bretaña argumentó en favor de su acción la legítima defensa en términos de necesidad y proporcionalidad (cfr. Moore, 1906: 14; Arend, Beck, 1993: 18-19).

<sup>29</sup> Verdross, 1938: 45.

<sup>30</sup> Citado en Márquez Carrasco, 1995: 79.

<sup>31</sup> Cfr. CIJ (1986): “Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci. Arrêt, 1986”, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances: 100.

of “rules of the game” to a value-oriented or value-setting order aimed at overcoming those conflict formations which endanger international peace and security today”<sup>32</sup>.

La evolución del Derecho Internacional dirigida primero a la limitación y después a la prohibición del uso de la fuerza con la excepción de la legítima defensa, aunque ya se hallaba contenida como una consecuencia del respeto recíproco de la soberanía, ha seguido un accidentado camino desde las conferencias de La Haya de 1899 y 1907, el Pacto de la Sociedad de Naciones, el Tratado de París de 1928 (Pacto Briand-Kellogg) y la ONU. La creación del CS parece haber culminado dicho proceso. Sin embargo, su imparcialidad y su eficacia han dejado mucho que desear:

2. [...] Though its effectiveness was limited during the Cold War, the 1990s saw a great expansion in Council activity. Between 1946 and 1989 it met 2,903 times and adopted 646 resolutions, averaging fewer than 15 a year; in the following decade it met 1,183 times and adopted 638 resolutions, an average of about 64 per year. In its first 44 years, 24 Security Council resolutions cited or used the enforcement powers contained in Chapter VII of the UN Charter; by 1993 the Council was adopting that many such resolutions every year. The Council has also expanded the range of its activities, including the establishment of international criminal tribunals, the maintenance of complex sanctions regimes, the protection of civilians, and the temporary administration of territory. Following the September 11, 2001, attacks in the United States, the Council assumed even greater importance in combating terrorism and the proliferation of weapons of mass destruction.

3. In this way the Security Council has grown beyond its initial function as a political forum and frequently serves important legal functions: establishing binding rules of general application, making determinations of law or fact, and overseeing the implementation of its decisions. These new functions of the Council—as legislator, judge, and executive—have made possible swift and decisive action in response to perceived threats to international peace and security on the basis of international law. At the same time, however, they have raised questions about the legal parameters that determine how the Council’s new functions are exercised<sup>33</sup>.

## **B. La legítima defensa como excepción**

La legitimidad fundamenta la única posibilidad lícita de recurso a la fuerza por parte de los Estados en el Derecho Internacional contemporáneo (artículo 51 de la ONU). La excepción no se formuló completa y adecuadamente hasta una sentencia, de la CIJ en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua:

En el caso de la legítima defensa individual, este derecho solo puede ejercerse si el Estado interesado ha sido víctima de una agresión armada. La invocación de la legítima defensa colectiva no altera en nada esta situación [...].

No existe, en Derecho Internacional consuetudinario, regla alguna que permita a otro Estado usar el derecho de legítima defensa colectiva contra el supuesto agresor remitiéndose a su propia apreciación de la situación. En caso de invocación de la legítima

---

<sup>32</sup> Delbrück, 1987: 137.

<sup>33</sup> Chesterman, 2008: 1.

defensa colectiva, hay que esperar que el Estado en provecho de la cual va a jugar ese derecho se declare víctima de una agresión armada.

[...] en Derecho Internacional consuetudinario [...], ninguna regla permite la puesta en juego de la legítima defensa colectiva sin la petición del Estado que se considere víctima de una agresión armada [...] la exigencia de una petición del Estado víctima de la agresión alegada se añade a la de una declaración por la cual el Estado se proclame agredido. El uso de la fuerza por un primer Estado contra un segundo, porque este hubiera cometido una acción de fuerza contra un tercero, se tiene excepcionalmente por legítimo, pero solo cuando el acto ilícito que provocó la respuesta consiste en una agresión armada. Así, la legitimidad del uso de la fuerza por un Estado en respuesta a un hecho ilícito del cual no ha sido la víctima no se admite cuando el hecho ilícito en cuestión no ha sido una agresión armada<sup>34</sup>.

Dicha legitimidad viene condicionada, como ha afirmado la CIJ por una serie de requisitos, particularmente la necesidad y la proporcionalidad:

40. The entitlement to resort to self-defense under Article 51 is subject to certain constraints. Some of these constraints are inherent in the very concept of self-defense. Other requirements are specified in Article 51.

41. The submission of the exercise of the right of self-defense to the conditions of necessity and proportionality is a rule of customary international law. As the Court stated in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*: there is a "specific rule whereby self-defense would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law" (*I.C.J. Reports 1986*, p. 94, para. 176). This dual condition applies equally to Article 51 of the Charter, whatever the means of force employed.

42. [...], a use of force that is proportionate under the law of self defense, must, in order to be lawful, also meet the requirements of the law applicable in armed conflict which comprise in particular the principles and rules of humanitarian law.

43. Certain States have in their written and oral pleadings suggested that in the case of nuclear weapons, the condition of proportionality must be evaluated in the light of still further factors. They contend that the very nature of nuclear weapons, and the high probability of an escalation of nuclear exchanges, mean that there is an extremely strong risk of devastation. The risk factor is said to negate the possibility of the condition of proportionality being complied with. The Court does not find it necessary to embark upon the quantification of such risks; nor does it need to Enquirer into the question whether tactical nuclear weapons exist which are sufficiently precise to limit those risks: it suffices for the Court to note that the very nature of all nuclear weapons and the profound risks associated therewith are further considerations to be borne in mind by States believing they can exercise a nuclear response in self-defense in accordance with the requirements of proportionality<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Doc. cit. CIJ (1986): "Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci. Arrêt, 1986", Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances.

<sup>35</sup> Cfr. CIJ (1996): "Case concerning legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996", Reports of judgements, advisory opinions and orders: 244-245.

El presidente de la CIJ, Gilbert Guillaume, afirmaba críticamente en su opinión individual que los defectos de la decisión de esta corte encontraban su origen profundo antes en el derecho aplicable que en los errores del órgano judicial, aunque reprochaba a este haberse guiado más por consideraciones de derecho natural que de derecho positivo, de confundir la *lex lata* con las propuestas de *lege ferenda* y de otorgar una importancia excesiva a las resoluciones de la AG de las Naciones Unidas:

1. [...], la Cour, en recherchant quelle était la coutume en vigueur, n'a, quoiqu'elle en dise, guère tenu compte de la pratique et de l'*opinio juris* des Etats et s'est trop souvent laissée guider par des considérations qui relèvent plus du droit naturel que du droit positif, de la *lex ferenda* que de la *lex lata*. Elle a en outre accordé une portée excessive aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette confusion, aggravée par le paragraphe 104 de l'avis, n'a pas été sans conséquence sur les formulations retenues dans le dispositif. Bien plus, ce dernier, tout en statuant *ultra petita* en ce qui concerne le désarmement nucléaire, ne répond sur certains points que de manière implicite à la question posée. Il serait aisé pareilles circonstances d'accabler la Cour. Je ne le ferai pas, car cette situation peu satisfaisante trouve son origine profonde moins dans les errements du juge que dans le droit applicable.

Sin embargo, en cierta medida, el propio juez Guillaume recurría a consideraciones *iusnaturalistas* al caracterizar el derecho de legítima defensa, a través del texto de la carta, refiriéndose a los intereses vitales del Estado, entendía que ni siquiera el Derecho Internacional podría privar a un Estado del derecho a recurrir al arma nuclear en un caso extremo de legítima defensa:

8. [...]

[...]

Le droit de légitime défense proclamé par la Charte des Nations Unies est qualifié par celle-ci de droit naturel. L'article 51 de la Charte ajoute qu'aucune disposition de la Charte ne porte atteinte à ce droit. Il en est de même à fortiori du droit coutumier ou du droit conventionnel. Cette solution s'explique aisément, car tout système de droit, quel qu'il soit, ne saurait priver l'un de ses sujets du droit de défendre sa propre existence en assurant la sauvegarde de ses intérêts vitaux. Dès lors, le droit international ne peut priver un Etat du droit de recourir à l'arme nucléaire si ce recours constitue l'ultime moyen par lequel il peut assurer sa survie. En pareille hypothèse, cet Etat bénéficie d'une sorte d'"excuse absolutoire" analogue à celle qui existe dans tous les systèmes de droit pénal<sup>36</sup>.

Pero la excepción que constituye la legítima defensa —desde la hermenéutica jurídica tanto sistemática como teleológica— debe ser de interpretación estricta; es decir, restrictiva<sup>37</sup> y, en el plano jurisdiccional, ello comporta que la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos jurídicamente establecidos corre a cargo de quien la invoca.

<sup>36</sup> Cfr. CIJ (1996): "Opinion individuelle de M. Guillaume. 1996" en línea en [http://www.fas.org/nuke/control/icj/text/iunan\\_ijudgment\\_19960708\\_Separate\\_Guillaume.htm](http://www.fas.org/nuke/control/icj/text/iunan_ijudgment_19960708_Separate_Guillaume.htm) (citado 27 may 12).

<sup>37</sup> Castañeda, 1995: 324.

Como ha indicado Gill su principal propósito es el de poner fin a un hecho ilícito (la agresión): “The essential feature of self-defense is its purpose of ending the illegal situation posed by the armed attack. A State may use the necessary counter-force to achieve that end, but no more than necessary under the circumstances. This is what defines it and distinguishes it from other forms of the use of force, both legal and illegal. This has always been its essential characteristic under customary law and it remains so today”<sup>38</sup>.

Un aspecto relevante viene determinado por el establecimiento de los hechos que constituyen el inicio del conflicto armado. En este sentido, presentan singular interés las siguientes consideraciones de O'Connell:

Wars, however, do not begin with an attack. They begin with a counter-attack. [...] Kenya, the United Kingdom, Indonesia and Spain have all been attacked by al Qaeda. They have all responded, but not with a military counter-attack. They have turned to their law enforcement agencies. None of these countries declared they were in a war. As the United Kingdom stated when it became a party to the 1977 Additional Protocol I to the Geneva Conventions: “‘armed conflict’ of itself and in its context denotes a situation of a kind which is not constituted by the commission of ordinary crimes including acts of terrorism whether concerted or in isolation”<sup>39</sup>.

La alegación de la legítima defensa como excepción a la prohibición general del uso de la fuerza, requiere la existencia de un ataque armado previo sufrido por el Estado que la invoca, hecho que no viene alterado por el ejercicio colectivo o no de dicha legítima defensa. Está claro, en la jurisprudencia de la CIJ, que el Estado que ejerce, por sí o colectivamente, el uso defensivo de la fuerza, tiene que haberse declarado previamente víctima de un ataque armado y que este, debe contar, con la participación activa, directa o indirecta, de uno o más Estados agresores. Así:

In the case of individual self-defence, the exercise of this right is subject to the State concerned having been the victim of an armed attack. Reliance on collective self-defence of course does not remove the need for this. There appears now to be general agreement on the nature of the acts which can be treated as constituting armed attacks. In particular, it may be considered to be agreed that an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also “the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to” (*inter alia*) an actual armed attack conducted by regular forces, “or its substantial involvement therein”. This description, contained in Article 3, paragraph (g), of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3314 (XXIX), may be taken to reflect customary international law. [...] But the Court does not believe that the concept of “armed attack” includes not only acts by armed bands where such acts occur on a significant scale but also assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other support. Such assistance may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the internal or external affairs of other States. It is also clear

---

<sup>38</sup> Gill, 2007: 124-125.

<sup>39</sup> O'Connell, 2005: 4.

that it is the State which is the victim of an armed attack which must form and declare the view that it has been so attacked. There is no rule in customary international law permitting another State to exercise the right of collective self-defence on the basis of its own assessment of the situation. Where collective self-defence is invoked, it is to be expected that the State for whose benefit this right is used will have declared itself to be the victim of an armed attack<sup>40</sup>.

El análisis de los textos normativos relevantes del derecho consuetudinario vigente, de la jurisprudencia, así como de la doctrina más asentada, establece una serie de elementos para el ejercicio del derecho a la legítima defensa.

- *Posterior*. El Estado debe ser víctima de un ataque armado, que puede haber sido perpetrado no solo por la acción de fuerzas regulares que cruzan una frontera internacional, sino también por la acción de bandas armadas, grupos, irregulares o mercenarios enviados por otro Estado o que actúan por cuenta de este contra el primer Estado de tal gravedad que sean asimilables a dicha acción armada.
- *Continuada*. El ataque debe ser actual, por lo cual el ejercicio de la legítima defensa siempre es posterior y continuado al ataque precedente.
- *Expresa*. En el ejercicio colectivo de la legítima defensa, el Estado atacado debe declararse formalmente víctima de un ataque armado. En cualquier caso, está obligado a informar inmediatamente al cs.
- *Provisional*. El ejercicio de la legítima defensa es provisional o transitorio, teniendo un carácter subsidiario respecto de las medidas que el cs pueda adoptar<sup>41</sup>.
- *Adecuada y proporcional*. Las medidas amparadas en la legítima defensa deben ser necesarias para este propósito; es decir, idóneas y eficientes para la protección del bien jurídico de auto conservación del Estado<sup>42</sup> y proporcionales al ataque recibido; es decir, no deben ir más allá de lo estrictamente necesario.

En resumen, del sistema establecido por la carta se puede deducir que en el Derecho Internacional el uso de la fuerza ha adquirido “el mismo estatus que en el derecho interno: es un delito, o una sanción o un acto de legítima defensa”<sup>43</sup>. Como afirmó con rotundidad la CIJ:

44. Beyond the conditions of necessity and proportionality, Article 51 specifically requires that measures taken by States in the exercise of the right of self-defense shall be immediately reported to the Security Council; this article further provides that these measures shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Coun-

---

<sup>40</sup> Doc. cit. CIJ (1986): “Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits and judgement, 27 June 1986”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 182-183.

<sup>41</sup> González Campos, Sánchez Rodríguez, Andrés Sáenz de Santamaría, 2008: 1 016.

<sup>42</sup> Cfr. CIJ (2007): “Case concerning oil platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Judgement, 6 November 2003”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 39. En este documento se señala que: “the requirement of international law that measures taken avowedly in self-defence must have been necessary for that purpose is strict and objective, leaving no room for any “measure of discretion””.

<sup>43</sup> Jiménez de Aréchaga, 1980: 117.



cil under the Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security. These requirements of Article 51 apply whatever the means of force used in self-defense<sup>44</sup>.

En efecto, el derecho de legítima defensa que a un Estado le cabe ejercer, en caso de un acto de agresión, se halla presidido por las notas de *subsidiariedad* y *provisionalidad*. Subsidiariedad, en la medida en que corresponde al cs (artículo 24.1) la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacional, y no a los Estados individual o colectivamente; y provisionalidad, porque el Estado que es víctima de un ataque armado solo podrá hacerle frente “hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”:

Under the contemporary legal system, the use of force other than in self-defence can only be undertaken by the Security Council, or by a regional organization or a (coalition of) State(s) acting under the authorization of the Council. The Council has extensive powers to take any measures it determines are required, including the use of military force to deal with situations other than self-defence in response to an attack or concrete threat of attack<sup>45</sup>.

El artículo 51 establece, asimismo, un cierto control, ya que las medidas adoptadas por un Estado en ejercicio de la legítima defensa han de ser comunicadas inmediatamente al cs, lo que convierte en provisional a cualquier medida adoptada por los Estados<sup>46</sup>.

### C. La ilicitud de la defensa preventiva

El término *pre-emptive self-defence* (‘defensa preventiva’) se utiliza para referirse a casos en los que un Estado utiliza la fuerza para evitar cualquier posibilidad de un futuro ataque por parte de otro Estado, aunque no se haya producido ni haya razones para

---

<sup>44</sup> Doc. cit. CIJ (1996): “Case concerning legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 245. En el mismo sentido se pronunció la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía: “11. [...] In general, recourse to the use of armed force by one State against another is unlawful unless it is used in self-defence or occurs with the sanction of the Security Council pursuant to Chapter VII of the UN Charter. As the text of Article 51 of the Charter makes clear, the predicate for a valid claim of self-defence under the Charter is that the party resorting to force has been subjected to an armed attack. Localized border encounters between small infantry units, even those involving the loss of life, do not constitute an armed attack for purposes of the Charter [...] 16. Consequently, the Commission holds that Eritrea violated Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations by resorting to armed force to attack and occupy Badme, then under peaceful administration by Ethiopia, as well as other territory in the Tahtay Adiabo and Laelay Adiabo Weredas of Ethiopia, in an attack that began on May 12, 1998, and is liable to compensate Ethiopia, for the damages caused by that violation of international law” (Corte Permanente de Arbitraje [2005]: “Partial Award. *Jus Ad Bellum*. Ethiopia’s claims 1–8, between The Federal Democratic Republic of Ethiopia and The State of Eritrea”, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, 19 de diciembre de 2005 [en línea en [www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil\\_id=158](http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=158), citado 27 may 12]).

<sup>45</sup> Op. cit. Gill, 2007: 49.

<sup>46</sup> Op. cit. Márquez Carrasco, 1995: 85.



creer que dicho ataque haya sido planeado. Esta doctrina, claramente ilícita, pretende reescribir el Derecho Internacional<sup>47</sup>:

Some writers also call this “preventive” self-defence or “preventive” war. It is to be distinguished from “anticipatory” self-defence. The latter is a narrower doctrine that would authorize armed responses to attacks that are on the brink of launch, or where an enemy attack has *already* occurred and the victim learns more attacks are planned. Pre-emptive self-defence, however, is clearly unlawful under international law. Armed action in self-defence is permitted only against armed attack<sup>48</sup>.

Como ha señalado Gros Espiell, la legítima defensa solo se configura en caso de ataque armado. Pese a su consideración en el artículo 51 de la CNU como un “derecho inmanente” de los Estados, no puede invocarse, individual o colectivamente, para prevenir un posible ataque armado que aún no se ha hecho efectivo. En una situación de peligro solo cabe poner el hecho y la situación en conocimiento del CS, para que este tome de inmediato las todas las medidas para mantener la paz y la seguridad internacionales<sup>49</sup>.

El profesor Tavernier ha recordado que la legítima defensa preventiva no es una teoría reciente, mencionando el bombardeo de la central nuclear de Tammuz (Iraq) por la aviación israelí en 1981<sup>50</sup>. En aquella ocasión, la AG de las Naciones Unidas aprobó una resolución condenando los hechos como un “acto de agresión premeditado y sin precedentes”, exhortó a todos los Estados para que suspendieran el suministro a Israel de armas y material conexo y exigió que Israel pagara sin demora una indemnización (Resolución 36/27 de la AG, de 13 noviembre de 1981 sobre la agresión armada israelí contra las instalaciones nucleares iraquíes y sus graves consecuencias para el sistema internacional establecido respecto de la utilización de la energía nuclear con fines pacíficos, la no proliferación de las armas nucleares y la paz y la seguridad internacionales)<sup>51</sup>. También el CS de las Naciones Unidas condenó el ataque (Resolución 487 del CS, de 19 de junio de 1981, Iraq-Israel), con el voto favorable de Estados Unidos, deslegitimando la juridicidad de una presunta legítima defensa preventiva alegada por Israel<sup>52</sup>.

El Grupo de Alto Nivel nombrado por el secretario general ha proporcionado una redefinición del artículo 51 sobre el derecho de legítima defensa, afirmando:

---

<sup>47</sup> Kramer, Michalowski, 2005: 449. Además, se ha distinguido entre *pre-emptively* y *preventively*, según la naturaleza de la amenaza, aplicándose el primero a aquellas amenazas que son inminentes o próximas, equiparándose en francés al *principe de précaution* (Bes, 2005: 105-106). El Senador Edward Kennedy estimó que la posible validez de una *pre-emptive war*, dependería de la existencia de pruebas materiales que demostraran la inminencia del peligro y de la necesidad de actuar.

<sup>48</sup> O’Connell, 2002: 2-3.

<sup>49</sup> Gros Espiell, 2003: 178-179.

<sup>50</sup> Tavernier, 2005: 94.

<sup>51</sup> *Op. cit.* Arend, Beck, 1993: 77-79.

<sup>52</sup> Remiro Brotons, 1995: 74.

188. El texto de este artículo es restrictivo: [...]. Sin embargo, según un principio de Derecho Internacional bien establecido, el Estado amenazado puede recurrir a la acción militar siempre que la amenaza de agresión sea *inminente*, no haya otro medio de impedir la acción sea proporcional. El problema se plantea cuando la amenaza no es inminente pero se puede aducir que es real como ocurriría, por ejemplo, con la adquisición, con un propósito presuntamente hostil, de la capacidad necesaria para fabricar armas nucleares<sup>53</sup>.

En cuanto al objetivo, a la finalidad, de la legítima defensa: “tiene necesariamente que ser replicar, combatir y repeler la agresión, de manera individual o colectiva, “hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales””. La invocación de un legítimo derecho de defensa no puede, en ningún caso, afectar la integridad del Estado agresor, ni derrocar a su Gobierno para imponerle, aún provisionalmente, otro<sup>54</sup>.

Las represalias armadas constituyen un uso de la fuerza que tiene su fundamento en un acto de venganza, de castigo o de disuasión. Su uso, en tiempos de paz, está terminantemente prohibido por el Derecho Internacional vigente, como determinó la CIJ: “Certain States asserted that the use of nuclear weapons in the conduct of reprisals would be lawful. The Court does not have to examine, in this context, the question of armed reprisals in time of peace, which are considered to be unlawful. Nor does it have to pronounce on the question of belligerent reprisals save to observe that in any case any right of recourse to such reprisals would, like self-defence, be governed *inter alia* by the principle of proportionality”<sup>55</sup>.

Las contramedidas en general, y más particularmente las represalias armadas, han quedado sometidas a un régimen crecientemente restrictivo en el Derecho Internacional contemporáneo, en el que el paradigma de la soberanía del Estado está siendo progresivamente sustituido por el de los intereses generales de la comunidad internacional. Así, los artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos, establecen lo siguiente:

Article 50:

Obligations not affected by countermeasures

1. Countermeasures shall not affect:

(a) The obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations [...] <sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Cfr. AG de las Naciones Unidas (2004): “Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio”, 59.º período de sesiones. Tema 55 del programa: Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio: 60 [en línea en [http://www.un.org/spanish/secureworld/report\\_sp.pdf](http://www.un.org/spanish/secureworld/report_sp.pdf), citado 27 may 12].

<sup>54</sup> Gros Espiell, 2004: 886.

<sup>55</sup> Doc. cit. CIJ (1996): “Case concerning legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 246.

<sup>56</sup> Cfr. CDI de las Naciones Unidas (2001): “Responsibility of states for internationally wrongful acts 2001. Annex to General Assembly resolution 56/83, 12 December 2001”: 13 [en línea en [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf), citado 27 may 12].

Cualquier respuesta a un presunto hecho ilícito por la vía de las represalias queda desautorizada por el principio de proporcionalidad y puede fácilmente calificarse de una seria violación de las obligaciones internacionales fundamentales en materia de protección del medio humano<sup>57</sup>.

## 2. La proyección vertical de la soberanía del Estado

La proyección vertical de la soberanía del Estado se da en las relaciones jurídicas con sujetos distintos de otros Estados. Es útil partir de la proyección *ad intra* (personas físicas y jurídicas o entes subestatales, entre otros) y de la proyección *ad extra* (por ejemplo, Organizaciones Interestatales [o] regionales y universales o sociedad civil transnacional). En el plano interior, puede afirmarse, de acuerdo con Ferrajoli que:

Con la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 y más tarde con las sucesivas cartas constitucionales cambia la forma del Estado y con ella, hasta quedar vacío de contenido, el principio mismo de la soberanía interna. División de poderes, principio de legalidad y derechos fundamentales constituyen, en efecto, limitaciones y en último término negaciones de la soberanía interna. [...] Desde esta perspectiva el modelo del Estado de derecho, en virtud del cual todos los poderes quedan subordinados a la ley, equivale a la negación de la soberanía<sup>58</sup>.

En cuanto al plano exterior, el TPIY destacaba que la relación de un Estado con este Tribunal no se rige por los parámetros que regulan las relaciones horizontales entre Estados: “The Trial Chamber decided that there was no violation of State sovereignty in the current case and based its decision on three grounds: First, the Trial Chamber held that in the vertical relationship between the Tribunal and States, “sovereignty by definition cannot play the same role” as in the horizontal relationship between States”<sup>59</sup>.

### 2.1. La concepción funcional de la soberanía del Estado

La concepción funcional de la soberanía del Estado —que lo contempla como una institución pública indispensable para la protección de los valores y los intereses generales de la humanidad— ha estado siempre presente en la historia del Derecho Internacional, como queda formulada de manera magistral por el árbitro Huber en su laudo sobre el asunto de la Isla de Palmas (o Miangas), al referirse a los deberes del Estado<sup>60</sup>:

---

<sup>57</sup> Wellens, 1994: 22.

<sup>58</sup> Ferrajoli, 2006: 138-139.

<sup>59</sup> Cfr. TPIY (2003): “Case concerning Prosecutor v. Dragan Nikolić. Sentencing judgement, 18 December 2003”, ICTY judgements: 26 [en línea en [http://www.icty.org/x/cases/dragan\\_nikolic/tjug/en/nik-sj031218e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/dragan_nikolic/tjug/en/nik-sj031218e.pdf), citado 27 may 12].

<sup>60</sup> Cfr. Corte Permanente de Arbitraje (1928): “Case concerning the Island of Palmas (or Miangas), United States of America v. The Netherlands. Award of the Tribunal, 4 April 1928”, Past cases: 9 [en línea en <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Island%20of%20Palmas%20award%20only%20+%20TOC.pdf>, citado 27 may 12].

Territorial sovereignty, as has already been said, involves the exclusive right to display the activities of a State. This right has as corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights which each State may claim for its nationals in foreign territory. Without manifesting its territorial sovereignty in a manner corresponding to circumstances, the State cannot fulfil this duty. Territorial sovereignty cannot limit itself to its negative side, i.e. to excluding the activities of other States; for it serves to divide between nations the space upon which human activities are employed, in order to assure them at all points the minimum of protection of which international law is the guardian.

La soberanía territorial ha sido y sigue siendo la base sobre la que se proyecta tanto la regulación de las actividades humanas, como la protección de los valores de alcance internacional y, en primer término, los derechos humanos y el medio ambiente. Su carácter básico no significa, no obstante, que el Derecho Internacional no contemple el ejercicio de competencias personales o de otras de carácter extraterritorial por parte del Estado, como estableció en su polémica sentencia a Bankovic en 2001 el TEDH:

36. As to the precise meaning of “jurisdiction”, they suggest that it should be interpreted in accordance with the ordinary and well-established meaning of that term in public international law. The exercise of “jurisdiction” therefore involves the assertion or exercise of legal authority, actual or purported, over persons owing some form of allegiance to that State or who have been brought within that State’s control. They also suggest that the term “jurisdiction” generally entails some form of structured relationship normally existing over a period of time.

[...]

59. As to the “ordinary meaning” of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial. While international law does not exclude a State’s exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States [...].

[...]

73. Additionally, the Court notes that other recognised instances of the extra-territorial exercise of jurisdiction by a State include cases involving the activities of its diplomatic or consular agents abroad and on board craft and vessels registered in, or flying the flag of, that State. In these specific situations, customary international law and treaty provisions have recognised the extra-territorial exercise of jurisdiction by the relevant State<sup>61</sup>.

El carácter funcional de los órganos estatales, incluidos los relativos a las relaciones entre Estados, se ha visto confirmado y extendido a favor de los derechos subjetivos de las personas de la nacionalidad del Estado emisor o de otras nacionalidades que se beneficien de la asistencia consular en virtud de acuerdos particulares y de la interpretación efectuada por la CJ en su sentencia sobre el asunto LaGrand, en el que afirmaba

---

<sup>61</sup> Cfr. TEDH (2001): “Case concerning Bankovic and others v. Belgium and 16 other contracting states. Decision as on the admissibility, 19 December 2001”, Judgements, advisory opinions and published decisions.

su carácter de derecho individual. Ambos aspectos determinan una superación de la mera relación de Estado a Estado del siguiente modo:

(3) By fourteen votes to one,  
*Finds that, by not informing Karl and Walter LaGrand without delay following their arrest of their rights under Article 36, paragraph 1 (b), of the Convention, and by thereby depriving the Federal Republic of Germany of the possibility, in a timely fashion, to render the assistance provided for by the Convention to the individuals concerned, the United States of America breached its obligations to the Federal Republic of Germany and to the LaGrand brothers [cursiva del autor] under Article 36, paragraph 1 [...]*<sup>62</sup>.

El fallo venía determinado por unas consideraciones jurídicas que confirman la humanización del Derecho Internacional y el carácter funcional de la soberanía estatal, estableciendo que el artículo 36.1 del Convenio de Viena de 1963 crea derechos individuales, cuya protección puede ser invocada ante la CIJ por el Estado de la nacionalidad de las personas detenidas. Concretamente, en la sentencia del asunto LaGrand, dicha corte se pronuncia con estas palabras: “Based on the text of these provisions, the Court concludes that Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article I of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person. These rights were violated in the present case”<sup>63</sup>.

Otro sector tradicional, como es el derecho del mar, refleja la divisibilidad de la soberanía del Estado<sup>64</sup> a partir de regímenes jurídicos derivados del ejercicio de distintas competencias. También se ha demostrado que la soberanía puede ejercerse de forma compartida entre varios Estados. Así lo declaraba la CIJ en el asunto de la disputa fronteriza, terrestre, insular y marítima<sup>65</sup>:

401. [...] il n’y avait, à l’époque de l’indépendance, pas de délimitation entre les trois pays; et alors que l’absence de délimitation ne se traduit pas toujours par une situation de communauté, les eaux non délimitées du golfe sont restées dans un état d’indivision, dans le cadre d’une structure de communauté, ce qui implique un condominium ou une copropriété sur ces eaux. En outre, l’existence d’une communauté était prouvée par l’utilisation continue et pacifique des eaux par tous les Etats riverains après l’indépendance. [...] Il n’y a certainement aucune raison qui interdirait l’existence d’une souveraineté commune sur un territoire maritime. Un exemple de condominium sur les eaux d’une

<sup>62</sup> Cfr. CIJ (2001): “LaGrand case (Germany v. United States of America). Judgement, 27 June 2001”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 53 [en línea en <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>, citado 27 may 12].

<sup>63</sup> Ibídem, página 32. Para leer un comentario sobre esta sentencia cfr. Pozo Serrano, 2001: 443-473.

<sup>64</sup> Según Pescatore, esta tesis posibilita la experiencia de la integración europea. En palabras suyas, “le droit de l’intégration repose sur une prémisses étrangère au droit international dit “classique”: celle de la divisibilité de la souveraineté” (Pescatore, 1970: 502-507; Pescatore 1972: 24).

<sup>65</sup> Cfr. CIJ (1992): “Affaire du différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras, Nicaragua intervenant). Arrêt, 11 Septembre 1992”, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances: 599-600.

baie est celui de la baie du Figuier, située a la frontière atlantique entre l'Espagne et la France.

Al margen de casos particulares, el cambio producido es muy significativo. Mientras en el Derecho Internacional clásico el régimen jurídico se articuló sobre la distinción de dos espacios marítimos: el mar territorial bajo la soberanía del Estado ribereño, tolerado por las grandes potencias, por una parte; y, por otra parte, el alta mar, regido por el principio de la libertad, según los intereses de las grandes potencias<sup>66</sup>. En la actualidad en los espacios rige la “yuxtaposición de regímenes jurídicos diversos tendientes a organizar, limitándolas, las competencias estatales que pueden ejercerse en función de las distintas actividades”<sup>67</sup>.

## 2.2. La emergencia del principio de subsidiariedad

La noción de *subsidiariedad* implica, tanto un criterio objetivo de atribución de funciones y de competencias para todos los niveles de poder, como un carácter finalista que la fundamenta y le da sentido: el principio de máxima eficiencia. Una obligación derivada del principio es la de evitar medidas desproporcionadas a los objetivos perseguidos y, por tanto, que vayan más allá de las competencias atribuidas o que sean abusivas e indiscriminadas<sup>68</sup>. La proporcionalidad, es, por tanto, uno de los principios asociados a la subsidiariedad. También lo son la eficacia —la adecuación entre los objetivos y las medidas adoptadas— y la eficiencia, la optimización de unos recursos (humanos y materiales) que, por definición, son escasos y difíciles de obtener<sup>69</sup>.

En un compacto bloque normativo, que regula a través de tres principios la relación entre la organización y los Estados, tras afirmar el principio de asistencia a las Naciones Unidas —dirigido a los Estados miembros y consecuencia del principio de la buena fe (artículo 2.5) — y proclamar el principio de la autoridad de las Naciones Unidas sobre los Estados no miembros (artículo 2.6), la CNU enuncia el principio de subsidiariedad (artículo 2.7), estableciendo el límite de las competencias de la ONU.

El principio de subsidiariedad así formulado es coherente con los ámbitos que se rigen prioritariamente por el ordenamiento jurídico interno de los Estados y que para el acceso a las instancias internacionales exigen el agotamiento de los recursos internos, como la protección de los derechos humanos o el ejercicio de la protección diplomática. Este desarrollo lo previó con su lucidez característica Kelsen, cuando afirmaba:

la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del Derecho Internacional a las diver-

<sup>66</sup> Pastor Ridruejo, 2001: 337.

<sup>67</sup> Daillier, Pellet, Quoc Dinh, 1999: 1 087.

<sup>68</sup> Cienfuegos Mateo, Pi Llorens, Piñol Rull, 1991: 12-14.

<sup>69</sup> En el mismo concepto se incluye la consideración de los efectos no deseados que una norma o una medida eficaz (adecuada al objetivo) y efectiva (realmente aplicada) puede producir (cfr. Posner, 1998).

sas comunidades jurídicas subordinadas al Estado. [...] La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el Derecho Internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho<sup>70</sup>.

La autonomía es una condición constitutiva del Estado en situación de normalidad, pero el principio de subsidiariedad permite orillarla temporalmente, suspenderla, en circunstancias excepcionales, cuando sus funciones tienen que ser asumidas total o parcialmente por la comunidad internacional y sus instituciones. La proyección jurídica del principio de subsidiariedad no se limita al ámbito de la integración europea, sino que adquiere un desarrollo mundial.

El cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico internacional se hace cada vez más evidente y adquiere más sentido una interpretación del artículo 2, párrafo 7, de la CNU como una formulación temprana del principio de subsidiariedad en el ámbito universal. Las diferencias con la redacción de la disposición correspondiente del Pacto de la Sociedad de Naciones (artículo 15, párrafo 8) habían suscitado fuertes críticas por considerar la nueva fórmula como una extensión subjetiva del antiguo *domaine réservé*. Sin embargo, la práctica seguida en su aplicación ha evolucionado en un sentido distinto a las previsiones de sus autores, no correspondiendo ni a sus intenciones ni a las críticas que suscitó en su momento<sup>71</sup>.

Se trata de un contrapeso a las competencias atribuidas a la organización mundial y, muy especialmente, al cs. Una confirmación de estas facultades es la constitución de las jurisdicciones penales internacionales *ad hoc* en los años noventa. Como establecía el TPIY:

58. The public revulsion against similar offences in the 1990s brought about a reaction on the part of the community of nations: hence, among other remedies, the establishment of an international judicial body by an organ of an organization representing the community of nations: the Security Council. This organ is empowered and mandated, by definition, to deal with trans-boundary matters or matters which, though domestic in nature, may affect "international peace and security" (United Nations Charter, art 2. (1), 2. (7), 24, & 37). It would be a travesty of law and a betrayal of the universal need for justice, should the concept of State sovereignty be allowed to be raised successfully against human rights. Borders should not be considered as a shield against the reach of the law and as a protection for those who trample underfoot the most elementary rights of humanity<sup>72</sup>.

En este contexto, el profesor Marín Luna, cuya experiencia como director de la división política del cs le daba una especial autoridad, señaló que el artículo 25 de la CNU ha sido interpretado en el sentido que los Estados miembros cedieron parte de su soberanía en favor del común<sup>73</sup>. La opinión consultiva de la CIJ en el asunto sobre las

---

<sup>70</sup> Kelsen, 1971: 222-223.

<sup>71</sup> Guillaume, 1991: 145-149.

<sup>72</sup> Cfr. TPIY (1995): "Case concerning Prosecutor v. Duško Tadić. Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995", Appeals Chamber: 4 [en línea en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>, citado 27 may 12].

<sup>73</sup> Marín Luna, 1984: 15.



consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África sudoccidental), no obstante a lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del CS, refuerza esta línea de pensamiento:

113. [...] Article 25 is not confined to decisions in regard to enforcement action but applies to "the decisions of the Security Council" adopted in accordance with the Charter. Moreover, that Article is placed, not in Chapter VII, but immediately after Article 24 in that part of the Charter which deals with the functions and powers of the Security Council. If Article 25 had reference solely to decisions of the Security Council concerning enforcement action under Articles 41 and 42 of the Charter, that is to say, if it were only such decisions which had binding effect, then Article 25 would be superfluous, since this effect is secured by Articles 48 and 49 of the Charter<sup>74</sup>.

### 2.3. De la gobernación a la gobernanza

La distinción entre el derecho público y el derecho privado, formulada en el derecho romano, cuenta con una tradición muy implantada, que se refleja en prácticamente todos los ámbitos jurídicos, aunque, a pesar del esfuerzo teórico realizado a lo largo del tiempo, no se haya podido fundamentar en un criterio universalmente válido<sup>75</sup>. También tiene una larga tradición la contraposición entre coordinación y subordinación, determinada a partir de una caracterización del sistema interno como un derecho que se impone a los sujetos, frente a un Derecho Internacional que se basa en el acuerdo de los mismos. Esta concepción de los derechos internos como ordenamientos de subordinación, contrasta con la realidad de la globalización caracterizada por el protagonismo creciente de las redes:

The use of networks easily leads to a blending of public-sector and private-sector resources. These resources may blend in a variety of ways, one of the most common being the creation of more or less formal partnerships between actors in government and actors in the private sector. These partnerships permit each side to use resources that would not be at its disposal were it to remain on its own side of the (presumed) divide between the two sectors. [...] In some instances the public and private sectors may be blended within a single organization. An increasing number of nongovernmental organizations, *quangos*, and a host of other hybrid organizational formats appear to have materialized as components of the governance framework. These formats permit the mutual leveraging of resources and the blending of public and private attributes in ways that might not be possible in more conventional structural arrangements<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Cfr. CIJ (1971): "Case concerning the legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). Advisory opinion, 21 June 1971", Reports of judgements, advisory opinions and orders: 52-53.

<sup>75</sup> Recasens Siches, 1972: 179. Asimismo, Jiménez de Aréchaga ha indicado que se han llegado a contabilizar hasta 104 criterios diferentes para formular esta distinción (Jiménez de Aréchaga, 1991: 40). Entre los criterios utilizados para fundamentar la distinción pueden mencionarse: la finalidad o el interés en juego; la naturaleza de las normas; el objeto o el contenido de la relación jurídica; la naturaleza de las relaciones o de los sujetos.

<sup>76</sup> Peters, Pierre, 1998: 226.



El concepto de *gobernanza* representa un conjunto de objetivos y mecanismos que las fuerzas que conducen la globalización mercantil y financiera no pueden garantizar, porque en muchos casos atentan contra sus intereses<sup>77</sup>. Su significado es más amplio que el de Gobierno, abarcando las relaciones y la compleja interacción entre todos los actores, incluidos el sector privado y la sociedad civil<sup>78</sup>. Como señala el Centre d'Études en Gouvernance de la Universidad de Ottawa:

Qui dit gouvernance dit guider/orienter. Il s'agit du processus par lequel les organisations humaines, qu'elles soient privées, publiques ou civiques, prennent elles-mêmes la barre pour se gouverner. L'étude de la gouvernance comprend: l'examen de la distribution des droits, des obligations et des pouvoirs qui soutiennent les organisations; l'étude des modes de coordination qui sous-tendent les diverses activités d'une organisation et qui en assurent la cohérence; l'exploration des sources de dysfonctionnement organisationnel ou d'inadaptation à l'environnement qui aboutissent à une performance plutôt terne; et, finalement, l'établissement de points de référence, la création d'outils et le partage de connaissances, afin d'aider les organisations à se renouveler lorsque leur système de gouvernance accuse des lacunes<sup>79</sup>.

Según la terminología del código de gobernanza recomendado para las Naciones Unidas, presentado por el grupo de expertos:

13. "*Gobernanza*" es una palabra que tiene su origen en "gobernar", del latín *gubernare* y del griego *kubernan*, esto es, "timonear". *Gobernanza* es la acción o manera de dirigir u orientar. Órgano rector es el que dirige u orienta a una entidad. La *buena gobernanza* requiere una clara división de responsabilidades entre el órgano rector, por un lado, que adopta las políticas, estrategias, presupuestos y planes para lograr los propósitos de la entidad, y el equipo de administración, por el otro, al que incumbe la responsabilidad de dar efecto a las políticas, estrategias, presupuestos y planes aprobados por el órgano rector, mediante la ejecución de las actividades y operaciones de la entidad. La función del órgano rector es reflexiva, en tanto que la de la administración es activa. En ese contexto, se han elaborado principios de buena gobernanza respecto tanto de los encargados de la dirección como de la administración<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Levet, 2001: 6. La CE lo entiende el término gobernanza como "el conjunto de normas, procesos y comportamientos que afectan a la calidad del ejercicio de los poderes a nivel europeo, en particular, la responsabilidad, la legibilidad, la transparencia, la coherencia, la eficiencia y la eficacia" (cfr. Comisión de las Comunidades Europeas [CCE] [2000]: "Libro blanco sobre la gobernanza europea. "Profundizar en la democracia de la Unión Europea"" [en línea en <http://ec.europa.eu/governance/work/es.pdf>, citado 27 may 12]). En su versión definitiva, el libro blanco rebasaba la perspectiva europea, contribuyendo al debate sobre la gobernanza mundial: "La Unión debería tratar de aplicar los principios de buena gobernanza a sus responsabilidades mundiales. Debería hacer lo posible por aumentar la eficacia y las competencias de ejecución de las Instituciones Internacionales" (CCE [2001]: "La gobernanza europea. Un libro blanco" [en línea en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001\\_0428es01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf), citado 27 may 12]).

<sup>78</sup> El uso del concepto, en este sentido, se ha ido generalizando en el ámbito del sistema de las Naciones Unidas.

<sup>79</sup> Citado en Kooiman, 1993: 249-262.

<sup>80</sup> Naciones Unidas (2006): "Examen amplio de la gobernanza y la supervisión en las Naciones Unidas y sus fondos, programas y organismos especializados", vol. II: 38.

En esta línea, el secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, señaló las líneas que deben configurar la gobernabilidad en este nuevo siglo, en el que, el sistema de las Naciones Unidas así como los Estados y sus estructuras de asociación internacional deben abrirse a la participación de otros colectivos la gestión de los problemas y expectativas de la comunidad internacional:

Una mejor gestión de los asuntos públicos significa una mayor participación con la consiguiente responsabilidad. Por lo tanto, la esfera pública internacional, incluidas las Naciones Unidas, debe abrirse más a la participación activa de muchas entidades cuya contribución es esencial para gestionar el avance de la mundialización. Según las cuestiones de que se trate, entre esas entidades se contarían las organizaciones de la sociedad civil, el sector privado, los parlamentarios, las autoridades locales, las asociaciones científicas, las instituciones educativas y muchas otras<sup>81</sup>.

La relación de los derechos humanos y el desarrollo con la buena gobernanza es evidente. Los factores que permiten esta evolución son básicamente tres: la sostenibilidad ambiental, la económica y la eficacia del Estado. Respecto de este último factor se apuntan como esenciales: el acceso a la información y a la exigencia de responsabilidades; la efectividad del Gobierno; la estabilidad política; el principio de legalidad y del Estado de derecho y el control de la corrupción<sup>82</sup>. A partir de estas premisas se ha postulado la vigencia de una responsabilidad de proteger, que permitiría a la comunidad internacional orillar las rigideces de la soberanía del Estado, cuando esta haya quedado vacía de contenido respecto del cumplimiento de las funciones básicas que son exigibles en materia de protección de los derechos humanos fundamentales:

The emerging concept of human security has created additional demands and expectations in relation to the way states treat their own people. And many new actors are playing international roles previously more or less the exclusive preserve of states.

[...]

It is acknowledged that sovereignty implies a dual responsibility: externally, to respect the sovereignty of other states, and internally, to respect the dignity and basic rights of all the people within the state. In international human rights covenants, in UN practice, and in state practice itself, sovereignty is now understood as embracing this dual responsibility. Sovereignty as responsibility has become the minimum content of good international citizenship<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Cfr. AG de las Naciones Unidas (2000): "Nosotros los pueblos. La función de las Naciones Unidas en el siglo XXI. Informe del secretario general", 54.º período de sesiones. Tema 49 b) del programa: Asamblea de las Naciones Unidas dedicada al milenio: 8 [en línea en <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan004567.pdf>, citado 27 may 12].

<sup>82</sup> Cfr. ECOSOC (2001): "Summary of the economic and social situation in Africa, 2000", substantive session of 2001. Item 10 of the provisional agenda: Regional cooperation [en línea en <http://www.un.org/documents/ecosoc/docs/2001/e2001-13.pdf>, 27 may 12].

<sup>83</sup> Evans, Sahnoun, 2001: 7.

## 2.4. El imperialismo jurídico

La igualdad soberana propia de su estatuto jurídico refleja, para Parry, el protagonismo del Estado en el Derecho Internacional, que se debe a una evidencia histórica y a que la función de este en la comunidad internacional es opuesta a la del imperio:

El concepto de Estado es la antítesis del concepto de imperio. Implica la soberanía nacional como opuesta al dominio universal. Aun cuando se le considere solo en contexto de la historia occidental o europea, se advierte que es una idea muy antigua.

[...]

Ciertamente, la gran característica del moderno sistema de Derecho Internacional (que lo distingue de los métodos usados para las relaciones internacionales en Roma, en las ciudades griegas y en los reinos bíblicos de los judíos) es que no divide ni nunca ha dividido las comunidades políticas en dos clases: aquellas con las que las relaciones deben mantenerse con base en el derecho y aquellas a las cuales puede darse cualquier tipo de tratamiento y contra las cuales puede aplicarse cualquier tipo de medidas<sup>84</sup>.

El imperialismo jurídico, frente al que se alzan los principios de libre determinación de los pueblos e igualdad soberana de los Estados, implica la sustitución del Derecho Internacional por el derecho interno del poder imperial. Las políticas imperialistas han consistido y consisten en limitar el Derecho Internacional, oponerse a la limitación del uso de la fuerza, regir o negarse a formar parte de tratados multilaterales, no aceptar mecanismos de control y aplicación ejecutivos o jurisdiccionales, etc. Krisch lo ha explicado en así:

The most typical imperial policy to limit the reach of international law, and to thereby exclude some relationships out of its scope, is the formalisation of the empire. The Roman Empire provides the classical example: Rome had long dealt with many of the dependent states, specially those in Greece and East, on the basis of formal independence and often in the form of treaties. When this structure became too burdensome and greater control became necessary—especially to counter rebellions—Rome abandoned the international approach and integrated the former allies as provinces into its formal empire, which allowed for open and direct hierarchical rule from the metropolis. International law was replaced by domestic law, and the status of the provinces became the domain of constitutional law<sup>85</sup>.

En el mismo sentido, Sánchez Rodríguez afirmaba: “Estados Unidos es un imperio desde una perspectiva material [...] procurando adaptar el orden jurídico internacional todavía existente a dichos intereses o modificándolo conforme a los mismos, lo que conlleva a una incompresible identificación entre el derecho interno del “neo imperio” y el Derecho Internacional aplicable a los comunes intereses del resto de los Estados”<sup>86</sup>.

Los Estados dominantes tienden, pues, a utilizar su derecho interno como herramienta de gobernanza internacional, ya que permite mucho más fácilmente que el Derecho In-

---

<sup>84</sup> Parry, 1973: 59 y 83.

<sup>85</sup> Krisch, 2004: 35-36.

<sup>86</sup> Sánchez Rodríguez, 2005: 1 295.

ternacional su utilización por las estructuras jerárquicas de Gobierno. Este giro a la legislación nacional, que es típico de los imperios formales, que regulan su periferia a través de su derecho interno, puede llamarse el *nuevo Derecho Internacional imperial*, lo que podría caracterizarse como 'legislación para que la cumplan otros'<sup>87</sup>. El unilateralismo y la política de regulación y de aplicación extraterritorial de la legislación estatal es una práctica propia de dicho imperialismo. Ejemplos muy conocidos fueron la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Álvarez-Machain<sup>88</sup> o la llamada Ley Helms-Burton respecto a Cuba<sup>89</sup>. Las medidas adoptadas en Estados Unidos, dirigidas a regular la conducta de otros Estados son básicamente de dos tipos: mecanismos de certificación y sanciones unilaterales, cubriendo ámbitos tan diversos como el control de armamentos, la protección ambiental, los derechos humanos, las drogas y narcóticos o el terrorismo.

Inversamente, se constata un fenómeno complementario de desafección hacia el Derecho Internacional, restringiendo su participación en la formación de normas comunes o cuestionando la vigencia de aquellas que están firmemente asentadas. La negativa a participar en los tratados multilaterales más significativos<sup>90</sup>, incluso después de haber condicionado ostensiblemente el texto final con la expectativa de aceptarlo, es la parte más visible de esta política.

Después de la segunda guerra mundial, Estados Unidos solo ha formado parte del 60 % de tratados depositados ante el Secretario General de la ONU que han sido ratificados por más de la mitad de los Estados, mientras que otros Estados eran partes en un 79 % y otros miembros del G8 de un 93 % de los mismos<sup>91</sup>: "The United States entered the 21st century actively pursuing a "go-it-alone" approach to international relations. This is especially the case in global environmental affairs, where the United States is now widely perceived as a laggard and even an obstacle to collective action, but not an isolated one"<sup>92</sup>.

El sector medioambiental no es, sin embargo, el único ni quizá el más sensible en que se ha producido esta desafección hacia los regímenes jurídicos internacionales de carácter general:

The Bush Administration's withdrawal from the ABM treaty in 2002 was the first time a major power has withdrawn from a nuclear treaty after it had become legally binding. Of the 549 treaties reviewed for the report "*The Treaty Database*", the United States has

---

<sup>87</sup> *Op. Cit.* Krisch, 2004.

<sup>88</sup> Tribunal Supremo de Estados Unidos (1992): "Case concerning United States Petitioner v. Humberto Álvarez-Machain. 15 June 1992". Posteriormente, el caso entró en el cauce adecuado: "The U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit ("Ninth Circuit") reaffirmed that Mr. Humberto Alvarez-Machain's ("Alvarez") forcible abduction from Mexico to the U.S., where he was immediately arrested by the U.S. Drug Enforcement Agency ("DEA"), had been in the violation of the "law of nations"."

<sup>89</sup> Roy, 2000; Sellarés Serra, 1997.

<sup>90</sup> Como el Tratado sobre la Prohibición de Ensayos Nucleares, el Convenio sobre los derechos del niño, el Protocolo de Kioto sobre el cambio climático, el Tratado sobre la Biodiversidad, los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, la Convención enmendada del derecho del mar, el Tratado de Prohibición de las Minas Antipersonas o el Estatuto de la CPI.

<sup>91</sup> *Op. Cit.* Krisch, 2004: 43, 48 y ss.

<sup>92</sup> Esty, Ivanova, 2008.

ratified only 157, or 29 percent. The U.S. has ratified just 14 of the International Labour Organization's 162 active treaties, 12 of 38 environmental treaties, six of 21 human rights treaties, two of 12 treaties that address traffic in persons, the Geneva Convention but not the two related protocols, about half of 23 treaties protecting intellectual property, and all 13 treaties addressing international terrorism; The U.S. has not ratified the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, but 178 other countries and at least 15 U.S. states have supported it. Of the nuclear-capable states, China, India, Iran, Israel, North Korea, Pakistan and the U.S. have not ratified the Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty<sup>93</sup>.

Unida al rechazo a las obligaciones convencionales va una actitud de ignorar a las instituciones multilaterales, especialmente del sistema de la ONU. Este proceso de desinstitucionalización de las relaciones internacionales ha conducido a la creación de estructuras informales, como los grupos de contacto —que basan su legitimación en su influencia política y militar para la mediación en determinados conflictos— o a otorgar una representatividad a un directorio, cuya única credencial es su potencial económico (G7 con el añadido de Rusia). En términos clásicos —de *La Política* de Aristóteles—, sería el paso de una aristocracia institucionalizada en el cs a una oligarquía encarnada en el G8 y parcialmente ampliada al G20.

## II. El conflicto de Iraq: *ius ad bellum*

### I. Los antecedentes: Bosnia-Herzegovina y Kosovo

Tras la disolución de su rival, el Pacto de Varsovia, y el desmembramiento de la propia URSS, la disponibilidad de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) para desempeñar nuevas funciones se proclamó en junio de 1992, con motivo de la reunión ministerial del Consejo del Atlántico Norte en Oslo. En aquel momento el ofrecimiento iba dirigido a la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE), futura Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). El mismo ofrecimiento se efectuó en diciembre de 1992 respecto al cs y al secretario general de las Naciones Unidas<sup>94</sup>.

#### 1.1. Bosnia-Herzegovina

El conflicto en Bosnia-Herzegovina permitió llevar a la práctica esta nueva doctrina. El 12 abril de 1993 la OTAN se hizo cargo de la ejecución efectiva de la zona de exclusión aérea sobre el espacio de Bosnia-Herzegovina<sup>95</sup>, hecho que comportó

---

<sup>93</sup> Cfr. Dawkins, Jurewicz, 2004.

<sup>94</sup> Figà-Talamanca, 1996.

<sup>95</sup> Fijada por la Resolución 816 (1993) del cs, de 31 de marzo de 1993, sobre Bosnia y Herzegovina.

el derribo de cuatro aeronaves en febrero de 1994. Su creciente protagonismo se vio incrementado nuevamente con la Operación Fuerza Deliberada que, en aplicación de la Resolución 836 (1993) del CS, de 4 de junio de 1993, Bosnia y Herzegovina, comportaba —a requerimiento de los mandos militares de las Naciones Unidas— el bombardeo de posiciones artilleras que atacaran Sarajevo o las restantes zonas protegidas.

La creación de la Fuerza de Implementación (más conocida por su denominación en inglés Implementation Force [IFOR]) es el primer ejemplo de lo que el secretario general de las Naciones Unidas denominó “operaciones multifuncionales de mantenimiento de la paz”<sup>96</sup>. La mención específica a la OTAN en el anexo I del acuerdo de paz, no fue considerada vinculante para el CS, puesto que dicha organización no es un organismo regional a los efectos del artículo 53 de la CNU, sino una estructura de defensa colectiva que se ajusta a los términos del artículo 51.

En el terreno de los hechos, se demostró un profundo desajuste entre los objetivos, funciones y competencias que caracterizan a las distintas organizaciones internacionales en el plano jurídico y su capacidad efectiva para desempeñarlas. En este sentido, en junio de 1993 el Consejo de Cooperación del Atlántico Norte (CCAN) adoptó un informe sobre la cooperación en materia de mantenimiento de la paz en el que se reconocían las limitaciones jurídicas de la OTAN en este terreno, identificando claramente a las Naciones Unidas y la OSCE como las organizaciones competentes para establecer el mandato y emprender operaciones para la conservación de la paz en Europa, admitiendo, así, su posición subordinada al respecto<sup>97</sup>.

La creación del grupo de contacto, el 25 de abril de 1994 en Londres, se tradujo en un desplazamiento del ámbito institucional al de la política internacional. Desde entonces, se multiplicaron las iniciativas en las que participaban, por parte de la Unión Europea (UE), la llamada troika junto a sus homólogos de los Estados Unidos y de la Federación Rusa. Los responsables de la ONU solían participar también en las reuniones del grupo de contacto, pero lo más sorprendente es que también lo hicieran —a título nacional— los ministros de Francia, Reino Unido y Alemania. Con ello, se entiende que la representación de la UE no agotaba la de sus Estados miembros, especialmente de Francia, Reino Unido —en su calidad de miembros permanentes del CS— y Alemania —en calidad, es de suponer, de gran potencia europea de facto—. De este modo, parecía establecerse un directorio informal de grandes potencias<sup>98</sup> en el que la UE no podría representar plenamente al conjunto de sus Estados miembros.

La última fase del conflicto vino determinada por el protagonismo decisivo de Estados Unidos en lo político y de la OTAN en lo institucional. La tendencia de Estados Unidos a adoptar una política unilateral se vio apuntada con la votación de la Cámara de Representantes a favor de levantar el embargo de armas al Gobierno bosnio (abril

---

<sup>96</sup> Cfr. AG y CS (1995): “Suplemento de un programa de paz: documentos de posición del secretario general presentado con ocasión del cincuentenario de las Naciones Unidas”, 50.º período de sesiones. Memoria del secretario general sobre la labor de la organización.

<sup>97</sup> *Op. cit.* Figà-Talamanca, 1996: 168.

<sup>98</sup> Posteriormente, se incluiría a Italia como miembro del grupo de contacto (cfr. Vernet, 1995: 137; Boidevaix, 1997).

de 1994), aunque un indicador muy claro en este sentido ya lo aportó el ultimátum de la OTAN, lanzado en febrero de 1994 al margen del CS.

Se observa un solapamiento entre las negociaciones diplomáticas, que corrían a cargo del grupo de contacto, y la gestión del conflicto a cargo de las Naciones Unidas, por una parte, y las consecuencias de dicha política unilateral, por otra, cuyo alcance empezó a apreciarse en toda su dimensión a partir de la primavera de 1995. Bajo los auspicios de Estados Unidos, las representaciones de los beligerantes croatas y musulmanes celebraron el Acuerdo de Washington (1 de marzo de 1994) por el que se se creaba la Federación Croata-Musulmana de Bosnia-Herzegovina, a la que seguiría la firma del acuerdo de dicha federación con la República de Croacia (18 de marzo), estableciendo una confederación con objetivos específicos de defensa conjunta.

A partir de este momento puede afirmarse que la actuación de Estados Unidos no se dirigió tanto a detener el conflicto como a alterar sus resultados<sup>99</sup>. El 28 de octubre y el 3 de noviembre de 1994 Estados Unidos presentó sendos proyectos de resolución ante el CS y la AG para el levantamiento del embargo de armas a Bosnia-Herzegovina y, por extensión, a la Federación Bosnio-Croata. Previamente el presidente Bill Clinton había dado su conformidad a un proyecto de ley —en vigor el 12 de noviembre— que prohibía el uso de las fuerzas armadas para hacer cumplir selectivamente el embargo de armas<sup>100</sup>. El comportamiento de Estados Unidos y de las autoridades bosnias se fue apartando de las directrices marcadas por las Naciones Unidas<sup>101</sup>.

Con el soporte creciente que habían obtenido, las autoridades bosnias lanzaron una ofensiva para la reconquista de territorio, con la colaboración aérea de la OTAN, atacando objetivos serbios<sup>102</sup>. El cese del general Rose, muy crítico con la política de Estados Unidos y la actuación del Gobierno bosnio, en el mando de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas (Forpronu), cabe atribuirlo a esta dinámica<sup>103</sup>.

## 1.2. El conflicto de Kosovo

Poco después de su llegada al poder en 1989, Slobodan Milosevic revocó el Estatuto de Autonomía de Kosovo (5 de julio de 1990), contraviniendo la constitución yugoslava de 1974, que reconocía a esta región y a la de Voivodina el estatus de provincias autónomas. En 1991 la población de Kosovo votó la separación de Serbia

---

<sup>99</sup> Boyd afirma que, a su entender, la política norteamericana incurría en una contradicción: mientras Estados Unidos afirmaba que quería detener el conflicto, en realidad deseaba alterar su resultado, favoreciendo a los musulmanes, lo que prolongó las hostilidades (cfr. Boyd, 1995: 34).

<sup>100</sup> Fenton, 1996: 129-145. En la práctica, desde junio de 1994, el suministro de armas a la Federación Croata-Musulmana vía Irán con el visto bueno de los Estados Unidos, ya se había denunciado como un hecho consumado (cfr. Keesing's, 1994: 40 072), confirmándose la continuidad del tráfico con posterioridad (cfr. *Revue Générale de Droit International Public*, 1996).

<sup>101</sup> Así lo denunció el representante especial del secretario general de las Naciones Unidas, Yasushi Akashi (*op. cit.* Keesing's, 1994: 39 967 y 40 017).

<sup>102</sup> *Op. cit.* Keesing's, 1994: 40 248.

<sup>103</sup> Delcourt, Remacle, 1998: 268.



y en 1992 Ibrahim Rugova fue elegido presidente sin el reconocimiento de Serbia en ambos casos.

La dialéctica de retroalimentación entre represión y terrorismo se había puesto en marcha mucho antes. Tras varios años de la creación y el mantenimiento —bajo el impulso de la Liga Democrática de Kosovo (LDK) dirigida por Rugova— de estructuras alternativas al sistema educativo discriminatorio implantado por las autoridades serbias, se habían creado también paralelamente estructuras en el ámbito de la sanidad<sup>104</sup>, al mismo tiempo que se habían desarrollaron actitudes de radicalización cada vez más extendidas ante el desencanto producido por la actitud de Belgrado.

El proceso de transformación de actos aislados, en muchos casos susceptibles de ser calificados como terrorismo, en una atmósfera de tensión generalizada a la que acompañó el nacimiento de una guerrilla —el Ejército de Liberación de Kosovo (ELK)— y un creciente reconocimiento de beligerancia, parte de 1996. Las zonas limítrofes de Albania y Macedonia pasaron a convertirse en bases logísticas del ELK con reacciones muy distintas por parte de sus respectivas autoridades<sup>105</sup>.

Tras la adopción de la Resolución 1199 (1998) del CS, de 23 de septiembre de 1998, sobre la situación humanitaria en todo Kosovo, el curso de los acontecimientos llevó al Parlamento Europeo (PE) a condenar enérgicamente la política de agresión y purificación étnica llevada a cabo por las fuerzas de seguridad contra la población civil y a aprobar “los preparativos de una posible intervención militar en el marco de la OTAN, tanto para proteger a la población de Kosovo como para impedir la extensión del conflicto a los países vecinos”. Dicha intervención aparecía supeditada a “una decisión del Consejo de Seguridad que autorice recurrir a la fuerza militar necesaria para lograr este objetivo”<sup>106</sup>.

La conclusión de sendos acuerdos entre la República Federativa de Yugoslavia (RFY) y la OTAN (15 de octubre de 1998) por una parte, y la OSCE (16 de octubre de 1998)<sup>107</sup>, por otra, pareció reconducir la situación, puesto que de manera expresa se fundamentaban en las mencionada Resolución 1199 (1998) y la Resolución 1160 (1998) del CS, de 31 de marzo de 1998, sobre la situación en Kosovo. La creación de la Misión de Verificación en Kosovo (MVK) suponía, por el amplio despliegue de observadores, un indicio de que una solución pacífica todavía era posible. Pero, sobre el terreno los acontecimientos desmentían estas expectativas. Tras la Resolución 1203 (1998) del CS, de 24 de octubre de 1998, sobre la situación en Kosovo, la UE adoptó un enfoque global respecto a Kosovo<sup>108</sup> y, posteriormente, dicho consejo en sus conclusiones sobre la región de los Balcanes, de 9 de noviembre, “instó en particular a los grupos kosovares albaneses a que se abstuvieran de actos que pudieran ser interpretados por las

---

<sup>104</sup> Hürner, 1997: 72.

<sup>105</sup> En el oeste de Macedonia, tras múltiples incidentes y enfrentamientos a lo largo de dos años, los alcaldes de Tetovo y Gostivar fueron encarcelados, acusados de actividades separatistas (cfr. Pettifer, 1999: 15).

<sup>106</sup> Así lo recoge el Diario Oficial de las Comunidades Europeas en su acta de la sesión del jueves, 8 de octubre de 1998 (documento de comunicaciones e informaciones de 26 de octubre de 1998).

<sup>107</sup> Cfr. *ILM*, 1999.

<sup>108</sup> Cfr. Boletín de la UE, 1998: n.º 10, punto 1.3.18.



fuerzas de seguridad serbio-yugoslavas como una provocación que justificara nuevos ataques<sup>109</sup>.

Sin embargo, una vez más, las instituciones internacionales competentes se vieron desbordadas por los acontecimientos. El CS y la OSCE quedaron, por distintas razones, crecientemente incapacitadas para detener la dinámica del conflicto. En este sentido, la aceptación por parte del Gobierno yugoslavo del despliegue de casi dos mil observadores de la OSCE, que constituían la MVK, fue percibida en los medios occidentales y especialmente en los momentos de tensión, como un método de chantaje utilizable contra la presión de la OTAN, en su condición de rehenes potenciales<sup>110</sup>.

Las conversaciones de Rambouillet (febrero de 1999), dejaron entrever, también en esta ocasión, la imposición de exigencias inaceptables para la RFY —el horizonte de la independencia de Kosovo y la supervisión de los posibles acuerdos por fuerzas de la OTAN<sup>111</sup>—, desatándose nuevamente un conflicto de gravísimas consecuencias. Así, desde la primera intervención de la OTAN en un marco territorial ajeno al tratado que la constituyó, con el derribo de cuatro aviones serbios el 28 de febrero de 1994 en el marco de la Operación Vuelo Denegado, se confirmaron, lamentablemente, las tendencias que se apuntaban progresivamente en el desarrollo y la gestión del conflicto yugoslavo.

El creciente abandono de los marcos jurídico institucionales internacionalmente reconocidos pasó, en el plano mundial, de una supremacía del órgano político restringido del sistema de las Naciones Unidas a la concesión de un margen de discrecionalidad excesivo a los Estados para aplicar sus resoluciones, individual o colectivamente, para desembocar en su marginación en los aspectos decisivos del conflicto de Kosovo, en el que solo desempeñó una función subsidiaria.

En el plano de los aspectos de seguridad y defensa, la sustitución de la Forprnu por la IFOR y después por la Fuerza de Estabilización (más conocida por su denominación en inglés Stabilisation Force [SFOR]) tras los Acuerdos de Dayton, simbolizó el decaimiento de los marcos institucionales jurídicamente adecuados en favor de la efectividad de una estructura militar hegemonizada por un estado y construida durante decenios para actuar como una alianza defensiva según los parámetros de la guerra fría.

En el conflicto de Kosovo se llevó hasta sus últimas consecuencias el predominio de la efectividad de la fuerza sobre la legitimidad jurídica, aunque se trató de preservar la apariencia de respeto al Derecho Internacional vigente, como se desprende de las palabras del asesor jurídico del Gobierno belga ante la CIJ que, tras la proclamación

---

<sup>109</sup> Cfr. Boletín de la UE, 1998, n.º 11, punto 1.3.73.

<sup>110</sup> Allin, Roper, 1998: 286-287.

<sup>111</sup> El ministro de Asuntos Exteriores de Italia, Lamberto Dini, declaró en una entrevista concedida a la revista *Panorama*: “En Rambouillet, la delegación kosovar no estaba dispuesta a firmar un acuerdo que no previese un referéndum de autodeterminación, después de un período transitorio de tres años. Por su parte, los delegados de Belgrado aceptaban la autonomía de Kosovo, pero no la presencia de tropas de la OTAN en la región. [...] Los norteamericanos hicieron un gran esfuerzo para convencer a la delegación kosovar de que firmara un texto reformado a favor suyo. Pero Serbia estaba para entonces ya completamente convencida de que Occidente le había prometido a Kosovo la independencia, a la vez que se exigía que aceptara tropas extranjeras en su territorio. El Gobierno yugoslavo dio un paso atrás, y a partir de ahí se produjo la rotura y la guerra” (cfr. El País, 1999).

unilateral de la independencia de Kosovo el 17 de febrero de 2008, adquieren un significado sarcástico:

jamais l'OTAN n'a mis en question l'indépendance politique, l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie, jamais d'ailleurs toutes les résolutions du Conseil de sécurité, les décisions de l'OTAN, les communiqués de presse le rappellent. Donc ce n'est pas une intervention dirigée contre l'intégrité territoriale, l'indépendance pour l'ex-République de Yougoslavie, c'est une intervention pour sauver une population en péril, en détresse profonde. C'est la raison pour laquelle le Royaume de Belgique estime que c'est une intervention humanitaire armée qui est compatible avec l'article 2, paragraphe 4, de la Charte qui ne vise que les interventions dirigées contre l'intégrité territoriale et l'indépendance politique de l'Etat en cause<sup>112</sup>.

En esta tendencia al retraimiento de la aplicación estricta del Derecho Internacional y, más específicamente, del Derecho Internacional humanitario, cabe inscribir la negativa del fiscal del TPIY a investigar el bombardeo por fuerzas de la OTAN de la Radio Televisión Serbia (RTS) y la Embajada de la República Popular de China en Belgrado<sup>113</sup>.

## 2. La guerra contra el Terror

En la actual época de globalización, la evolución de la sociedad internacional ha mostrado muchos rasgos de una sociedad anárquica<sup>114</sup>, especialmente en los años siguientes a los atentados del 11 de septiembre de 2001, cuando el presidente George W. Bush declaró que Estados Unidos estaba en guerra. Como señalaban Thakur y Popovski:

The multilateral system of global governance centred on the United Nations is in danger of falling apart. In that case, the problem of international anarchy will intensify. Yet in part the system is starting to unravel because of the spread of anarchy within the sovereign jurisdiction of member states of the international organization, some of whom have abused the attribute of state sovereignty underpinning the contemporary world order as a licence to kill with impunity. Some others lack the essential attributes of sovereignty that would enable them to protect the lives and safety of their citizens against a range of armed predatory groups<sup>115</sup>.

El unilateralismo agresivo que predicó y practicó este país durante la *era Bush* llevó al extremo la experiencia de que los Estados dominantes tienden a abandonar el Derecho Internacional<sup>116</sup>, tratando de limitar su alcance y su carácter vinculante, en

<sup>112</sup> Cfr. CIJ (1999): "Oral pleading of Mr. Rusen Ergec, counsel for Belgium" en "Case concerning the legality of the use of force (Yugoslavia v. Belgium). Verbatim record, 10 May 1999": 16 [en línea en <http://www.icj-cij.org/docket/files/105/4513.pdf>, citado 27 may 12].

<sup>113</sup> Cottier, 2001: 505 y ss.

<sup>114</sup> El uso de esta expresión tiene su raíz teórica en Bull, 2005.

<sup>115</sup> Popovski, Thakur 2008: 39.

<sup>116</sup> Grevi, 2009.

concreto ignorando o eludiendo las normas sobre el uso de la fuerza y evitando su participación en los instrumentos e instituciones multilaterales.

Los enfrentamientos entre Estados suelen conducir a espirales complejas de violencia, que se ramifican en una variada *estratología*. El caso libio demuestra (a partir de la posterior evolución de los hechos) como de un enfrentamiento interestatal se pasó a un ciclo endémico de terrorismo y represalias, cuyo apogeo comenzó en los años ochenta. La práctica estatal desde 1945 ofrece una panorámica que demuestra que los Estados afectados, principalmente Israel y Estados Unidos, han respondido al fenómeno con cuatro tipos de acciones: el secuestro de supuestos terroristas, el asesinato de los mismos, los ataques militares contra bases terroristas y los ataques militares contra Estados que supuestamente prestan asistencia al terrorismo<sup>117</sup>.

La comparación del terrorismo con las guerras de baja intensidad hace que, tanto dicho terrorismo como las represalias que tratan de detenerlo, se presenten como la síntesis de una doble impotencia. Esta proviene, por una parte, de los países desarrollados que pretenden incorporar a su sistema de valores y de mercado a los países descolonizados y, por otra parte, de los dirigentes de los países de reciente independencia, que no han podido situar a sus sociedades en una senda de participación y desarrollo<sup>118</sup>.

En este sentido, parece indudable que los esfuerzos de los países desarrollados occidentales para promover sus valores de democracia y liberalismo como valores universales, manteniendo su predominio militar y sus intereses económicos, engendran una respuesta negativa por parte de las otras civilizaciones<sup>119</sup>.

La toma de rehenes en la Embajada Estadounidense en Teherán ilustró como la práctica del terrorismo de grupo se convierte en práctica del Estado<sup>120</sup>. Aunque en teoría se trata de pequeños grupos autónomos, en realidad se transforman en instrumentos políticos que utilizan ciertos Estados<sup>121</sup>. En una escala surgida de la intensidad de la participación, el profesor Cassese<sup>122</sup> distingue seis grados de asociación del Estado con el terrorismo:

- los actos terroristas perpetrados por agentes del Estado;
- la utilización de particulares por cuenta del Estado;
- el sustento financiero o de armas por parte del Estado;
- el soporte logístico;
- la aquiescencia con bases terroristas en su territorio;
- una posición neutra del Estado, que implica la inhibición del mismo.

En este contexto general, la ambivalencia acerca del recurso a la fuerza reflejó dos tendencias contradictorias a lo largo de los años noventa: en primer lugar, la creciente preparación para su uso con propósitos humanitarios y de carácter no defensivo y en segundo lugar, la dependencia de la disposición de un Estado o grupo de Estados

---

<sup>117</sup> *Op. cit.* Arend, Beck, 1993: 147.

<sup>118</sup> Ravenel, 1990: 198-199.

<sup>119</sup> Huntington, 1993: 29.

<sup>120</sup> *Op. cit.* Ravenel, 1990: 196.

<sup>121</sup> Vaïsse, 1994: 165.

<sup>122</sup> Cassese, 1989: 598-599.

para liderar dichas acciones. Los sucesos del 11 de septiembre de 2001 condujeron a impulsar decisivamente la posición del unilateralismo más extremo en el seno de la Administración Bush. Como ha explicado el profesor británico, Sands:

In the months before September 11 it was clear that the Bush Administration was committed to remaking the international rules, to limiting or killing off the rules that were seen to be too constraining. Many members of this group had been in office in the first Bush Presidency, and they regrouped during the Clinton Administration. Plans were set out in various manifestos. [...], in particular, the *Statement of Principles of the Project for a New American Century*, [...].

[...]

From this perspective, September 11 presented a terrific opportunity to promote the 'anti-international law' project. [...]

[...]

An early decision was taken to characterise the response to al Qaeda and international terrorism as a "war on terrorism". This had the effect of taking it outside the scope of the ordinary criminal law and into the rules of armed conflict. But these rules placed limits on what you could do to detainees. POWs could not be questioned. Acting unilaterally in a manner that was wholly inconsistent with the requirements of the Geneva Conventions, the Administration determined that individual detainees would be placed outside the constraints of the law. The Guantánamo detention facility, on land leased from Cuba, was chosen because Administration lawyers had advised that its location outside US territory would preclude redress under US constitutional law and international law. Guantánamo was created as a 'legal black hole', as the English Court of Appeal later described it [*Ab-basi v Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs*]<sup>123</sup>.

## 2.1. Afganistán (2001)

Cuando tuvieron lugar los acontecimientos del 11S, el CS condenó de inmediato, por unanimidad, los "horribles ataques terroristas", considerándolos una amenaza para la paz y para la seguridad internacional. Seguidamente, recalcó "those responsible for aiding, supporting or harbouring the perpetrators, organizers and sponsors of these acts will be held accountable", adoptando explícitamente el lenguaje utilizado por el presidente Bush para implicar al régimen talibán de Afganistán, como mínimo como responsable parcial de los actos de sus "huéspedes" de Al Qaeda.

Finalmente, el consejo estableció su disposición para tomar todas las medidas necesarias como respuesta a los ataques por medio de su Resolución 1368 (2001), de 12 de septiembre de 2001, sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo. Sin embargo, como señaló el juez de la CIJ, Greenwood: "In the language of international law there is no basis for speaking of a war on Al-Qaeda or any other terrorist group, for such a group cannot be a belligerent, it is

---

<sup>123</sup> Sands, 2005: 437. Además, el autor cita, con respecto a Guantánamo, un artículo de Philbin y Yoo (cfr. Philbin, Yoo 2005: 29-38).

merely a band of criminals, and to treat it as anything else risks distorting the law while giving that group a status which to some implies a degree of legitimacy"<sup>124</sup>.

El 18 de septiembre de 2001, el presidente Bush declaró la emergencia nacional y formalizó una resolución del congreso que le autorizaba a usar la fuerza necesaria y apropiada contra aquellas naciones, organizaciones o personas que hubieran planeado, autorizado, cometido o ayudado a cometer los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, así como albergado a dichas organizaciones o personas, para prevenir cualquier futuro acto de terrorismo internacional contra Estados Unidos. Nuevamente, el juez Greenwood especificó: "The "war on terror" soon came to dominate U.S. foreign policy and to define the Bush presidency. The coincidence of this period with publication of a new U.S. strategic doctrine of pre-emptive use of force in response to the threat of weapons of mass destruction and terrorism led many observers to assume that the Iraq war was the first application of the new doctrine"<sup>125</sup>.

Sin embargo, el ataque de septiembre de 2001 consolidó una ideología de la seguridad nacional en Estados Unidos que, según Hogan, ya "había eliminado la distinción entre la guerra y la paz" desde el inicio de la guerra fría a comienzos de la década de los cincuenta del pasado siglo, durante el cual se produjo la transición del *New Deal* al *National Security State*<sup>126</sup>. Como ha señalado el profesor Falk, fue una suerte para la Administración Bush que se produjeran los atentados del 11 de septiembre:

It was the good fortune of the Bush administration that Osama Bin Laden had been operating from Afghanistan under Taliban rule in recent years, which also provided the setting for al Qaeda's terrorist training program that solicited thousands of recruits from around the Muslim world. After all, Afghanistan had practically no diplomatic friends in the world since the Taliban came to power. On September 11 the Taliban government was recognized by only three countries in the world and had been refused the right to represent Afghanistan in the United Nations. Indeed, Afghanistan itself was treated as an outlaw state, a status confirmed by a Special Rapporteur appointed by the UN Human Rights Commission, who reported annually on the severe human rights abuses and crimes against humanity that were routinely taking place in the country. As well, Afghanistan was the recipient of universal censure, including from Islamic governments, for its insistence on removing any taint of non-Islamic religious devotion by the deliberate destruction of the huge world renowned statues of The Buddha at Budiman just months earlier<sup>127</sup>.

La reacción de Estados Unidos tras el 11S fue el lanzamiento de la Operación Libertad Duradera contra Afganistán, mediante una serie de bombardeos. Como resultado de esta intervención armada, centenares de prisioneros de guerra de varios países fueron trasladados a la base norteamericana de Guantánamo<sup>128</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) decidió, el 12 de marzo de 2002, otorgar

---

<sup>124</sup> Greenwood, 2002.

<sup>125</sup> Chesterman, 2005.

<sup>126</sup> Dudziak, 2010: 6.

<sup>127</sup> Falk "Appraising the war against Afghanistan".

<sup>128</sup> Op. cit. Sánchez Rodríguez, 2005: 1297-1278.

medidas cautelares a favor los detenidos y solicitar a Estados Unidos que adoptara las medidas urgentes necesarias para que un tribunal competente determinara la situación jurídica de los detenidos de bahía de Guantánamo. Sin prejuzgar la posible aplicación del Derecho Internacional humanitario a los detenidos, la comisión consideró que las medidas cautelares eran apropiadas y necesarias en las circunstancias del caso para garantizar la aclaración de la situación jurídica de cada uno de los detenidos y el otorgamiento a los mismos de mecanismos legales de protección congruentes con su situación<sup>129</sup>.

Se ha estimado que, desde un punto de vista ortodoxo, el ataque de Estados Unidos y sus aliados a Afganistán en 2001 fue ajustado a derecho, mientras que el ataque posterior a Iraq en 2003 sería ilícito. Un resumen de los argumentos de esta posición es el siguiente:

the attack on Afghanistan was a lawful measure of self-defence because, following the events of 11 September 2001, which were quickly attributed to Al-Qaeda and not denied by that organisation, the Taliban government of Afghanistan was called on to hand the group's leaders over to the us. The Taliban refused. They not only refused, but made statements supportive of Osama Bin Laden, the leader of Al-Qaeda, thereby endorsing his actions. Thus the attack by the us and allied forces was made after due warning and an opportunity for the Taliban to avoid the use of force against it.

It is not necessary for the Security Council to authorise actions in self-defence. This is acknowledged by the Charter to be an inherent right of states; and one, moreover, that may have to be exercised immediately and with no time to refer the situation to the Security Council. But actions in self-defence must be reported to the Security Council, which may then authorise subsequent measures, including, if applicable, a finding that the purported action in self-defence was not justified in the circumstances. In the case of Afghanistan, the Security Council, through its subsequent resolutions, has in effect validated the us and allied actions<sup>130</sup>.

Estos elementos asentaron la percepción de que Estados Unidos se hallaba inmerso en una guerra y que el tiempo de la excepcionalidad se extendía a todos los ámbitos jurídicos. La Orden militar sobre la detención, tratamiento y juicio de ciertos no ciudadanos en la guerra contra el Terrorismo (Executive Order: Detention, Treatment, & Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism), de 13 de noviembre de 2001, establecía que los sospechosos de terrorismo quedarían bajo la jurisdicción de tribunales militares y sujetos a detención militar, con independencia de si eran capturados en el contexto de un conflicto armado o no, contemplando el conjunto del planeta como una zona de conflicto:

Asked in October 2002 when the Afghan war detainees at Guantanamo Bay would be released, lawyers for the Administration answered not until every terrorist in the world has been found, killed or captured.

---

<sup>129</sup> Es posible consultar estas normas en el artículo en línea de la CIDH, "Medidas cautelares otorgadas por la CIDH durante el año 2002" (<http://www.cidh.org/medidas/2002.sp.htm> [citado 17 may 12]).

<sup>130</sup> Shearer, 2007: 11-12.

About a week later, the world learned how serious the Administration really was about treating the entire world as a war zone. On November 3, 2002, agents of the CIA, using an unmanned Predator drone, launched a Hellfire missile at a vehicle in remote Yemen, killing six men. Yemen recognized no armed conflict on its territory at the time of the strike, nor was the United States at war with Yemen. National Security Adviser Condoleezza Rice explained, however, that “We are in a new kind of war [...]”.

El conjunto de políticas adoptadas en el plano interno y en el internacional, la actitud hacia las instituciones internacionales, los foros multilaterales y el Derecho Internacional vigente componían un amenazante mosaico legislativo, consistente en decisiones judiciales, actos ejecutivos y prácticas gubernamentales, que afectaba a aspectos fundamentales del sistema jurídico y del marco institucional. En efecto, como ha señalado el profesor de la Universidad de Nápoles, Manacorda<sup>131</sup>, no solo resultaba cuestionado el *ius ad bellum*, sino también ciertas concepciones básicas forjadas en torno de la protección internacional de los derechos humanos, e incluso preceptos básicos del *ius in bello*:

Les différents *memoranda* de l’administration américaine et les actes normatifs adoptés par le Président Bush<sup>132</sup>, ont eu comme conséquence que —comme l’internationaliste de la Columbia University José Alvarez l’a écrit avec justesse— la loi même a fini par être “torturée”<sup>133</sup>.

[...]

Cependant, le droit international humanitaire est lui aussi, à l’instar du droit des droits de l’homme, sous attaque, les Etats-Unis ayant procédé unilatéralement à une interprétation restrictive du statut de combattant ennemi<sup>134</sup>. Heureusement les juges américains ont limité ces dérogations dans la célèbre affaire *Hamdam*, discutée devant la Cour Suprême des Etats-Unis en 2006, qui à l’occasion a rendu une décision fortement encourageante pour les défenseurs de l’Etat de droit<sup>135</sup>. Comme on le sait, la décision a été suivie par l’adoption du *Military Commission Act* qui, cependant, n’a pas été considéré comme étant applicable au prévenu par une décision du 5 juin 2007.

Una considerable cadena de medidas irregulares e ilícitas también se apreció en la legislación y las medidas adoptadas por Reino Unido. El TEDH declaró en varios casos, su incompatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), por ejemplo, en lo relativo a la Ley de seguridad contra el terrorismo y la delincuencia (Anti-Terrorism, Crime and Security Act) de 2001, que permitía la detención indefinida de ciudadanos extranjeros sospechosos de terrorismo<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> Manacorda, 2007.

<sup>132</sup> Cfr. Paust, 2005.

<sup>133</sup> Cfr. Álvarez, 2006. Asimismo, sobre los asuntos promovidos ante los tribunales alemanes cfr. Kaleck, 2007.

<sup>134</sup> Cfr. Henzelin, 2004: 171 y ss.

<sup>135</sup> Cfr. Tribunal Supremo de Estados Unidos (2006): “Case concerning Hamdan v. Rumsfeld. 29 June 2006”; cfr. también, Amann, 2007: 265-312.

<sup>136</sup> Cfr. TEDH (2009): “Case concerning A. and others v. the United Kingdom, Judgement, 19 February 2009”, Judgements, advisory opinions and published decisions.



El cs, que en su Resolución 1368 (2001), se declaró “dispuesto a tomar todas las medidas que sean necesarias” para responder a los ataques terroristas, adoptó la Resolución 1373 (2001), de 28 de septiembre de 2001, sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo, como primera reacción frente a los atentados, al establecer obligaciones de cooperación (de carácter no armado) en la lucha contra el terrorismo para todos los Estados. El cs también apoyó desde el principio el uso de la fuerza, concretamente en lo que denominó “los esfuerzos del pueblo afgano por reemplazar al régimen talibán”, en la Resolución 1378 (2001), de 14 de noviembre de 2001, sobre la situación en Afganistán. Aunque el mencionado consejo tendría que haber establecido un mandato fijando los objetivos y los límites de la actividad bélica.

Sin embargo, renunció al ejercicio de sus funciones, considerando legítimo el uso que de estas pudieran hacer Estados Unidos y sus aliados, dentro del marco jurídico internacional existente para la legítima defensa. Inmediatamente después de la caída de los talibanes, el Consejo autorizó la creación de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (más conocida por las siglas de su denominación en inglés International Security Assistance Force [ISAF]) a través de la Resolución 1386 (2001), de 20 de diciembre de 2001, sobre la situación en Afganistán, y actuando sobre la base del capítulo VII de la CNU, lo que le otorgaba la facultad para usar la fuerza con el objetivo de lograr el cumplimiento de su mandato sucesivamente prorrogado por el cs<sup>137</sup>.

## **2.2. Iraq (2003)**

La manera más sencilla de conocer la posición de un Gobierno acerca del uso de la fuerza es estudiar su estrategia nacional de seguridad, ya que esta analiza los aspectos más relevantes de la seguridad según los percibe dicha administración y establece cómo se plantea hacerles frente, así como los actos de aplicación pertinentes<sup>138</sup>. En este caso concreto del conflicto de Iraq, ello proporcionó una base para calibrar la actuación que se avecinaba.

### **A. Los pretextos**

La Resolución conjunta para la autorización del empleo de la fuerza militar contra Iraq tomada por el Senado y la Cámara de Representantes de Estados Unidos, el 10 de octubre de 2002, se basó en argumentos que admitían, aunque no expresamente, el uso preventivo de la fuerza en el marco de la lucha contra el terrorismo, así como de cualquier amenaza que se produjera contra la seguridad de este país. Ni siquiera en los últimos documentos previos al inicio de las hostilidades, como la declaración

---

<sup>137</sup> Hinojosa Martínez, 2008.

<sup>138</sup> Henderson, 2009.



conjunta de las Azores (16 de marzo de 2003), se hizo referencia expresa a la legítima defensa preventiva o a los debates en el CS<sup>139</sup>.

Incluso se desoyeron fundadas opiniones, como la del fiscal general del Gobierno británico, Lord Goldsmith, cuyo informe se hizo público solo dos días antes del inicio del conflicto y que establecía la falta de una base jurídica e institucional en el derecho vigente para el uso de la fuerza: "Resolution 1441 would in terms have provided that a further decision of the Security Council to sanction force was required if that had been intended. Thus, all that resolution 1441 requires is reporting to and discussion by the Security Council of Iraq's failures, but not an express further decision to authorise force"<sup>140</sup>.

Descartada la legítima defensa como amparo jurídico para el uso de la fuerza contra Iraq, solo restaba contrastar si dicha acción podría inscribirse en el marco del uso institucional de la fuerza, en el marco de la CNU y, más concretamente, de las atribuciones del CS. En este sentido, cabe recordar, como lo hizo la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPIRI) en su manifiesto de febrero de 2003 sobre la ilicitud del uso de la fuerza contra Iraq:

desacreditar el trabajo de los inspectores, antes incluso de llevarse a cabo, presionar hasta extremos intolerables a los jefes y los equipos de inspección, manipular documentos y testimonios y pretender la instrumentalización del Consejo son comportamientos censurables que producirán una grave quiebra en el funcionamiento y la credibilidad de este órgano. Que un puñado de países se asocie a Estados Unidos en una acción armada no autorizada por el Consejo de Seguridad, no hace dicha acción menos unilateral, pues el unilateralismo no tiene que ver con el número de actores, sino con la usurpación de una misión que pertenece a las Naciones Unidas<sup>141</sup>.

Los pretextos para legitimar el ataque como una ilícita intervención de humanidad quedaron también completamente descartados. Como señalaba Kenneth Roth, director ejecutivo de la reconocida ONG Human Rights Watch:

the killing in Iraq at the time was not of the exceptional nature that would justify such intervention. In addition, intervention was not the last reasonable option to stop Iraqi atrocities. Intervention was not motivated primarily by humanitarian concerns. It was not conducted in a way that maximized compliance with international humanitarian law. It was not approved by the Security Council. And while at the time it was launched it was reasonable to believe that the Iraqi people would be better off, it was not designed or carried out with the needs of Iraqis foremost in mind<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> *Op. cit.* Gros Espiell, 2004: p. 883.

<sup>140</sup> Cfr. Reino Unido (2003): "Legal basis for use of force against Iraq. 17 March 2003".

<sup>141</sup> Faramiñán Gilbert, 2005: 419. De igual modo, Sánchez Rodríguez (*op. cit.* Sánchez Rodríguez, 2005: 1 301). afirma al respecto que "la intervención en Iraq supuso un oneroso atentado al conjunto de la Carta y un claro supuesto de agresión armada".

<sup>142</sup> Roth, 2004: 33.

Una clamorosa mayoría de la doctrina *iusinternacionalista* se pronunció abiertamente en contra de la licitud del uso de la fuerza contra Iraq y solo contadísimas excepciones entendieron que el Derecho Internacional proporcionaba una cobertura jurídica para ese acto de agresión, basándose en algunos de los pretextos invocados. Por todos, vale la pena reproducir las palabras escritas por el profesor Pastor Ridruejo, el 7 de abril de 2003, que abren la novena edición de su curso:

Horas de espesa nebrura las que vive el Derecho Internacional [...] porque la superpotencia americana y algunos Estados más, al desencadenar la guerra contra Iraq, se han permitido desobedecer la norma más moralizadora y civilizadora del Derecho Internacional contemporáneo: la que prohíbe el uso de la fuerza contra la integridad territorial o independencia política de un Estado. [...] Y señalaremos además que la estrategia de la defensa preventiva significa el triunfo en las relaciones internacionales, en el tema capital del uso de la fuerza, del unilateralismo sobre el multilateralismo. En este orden de consideraciones, la figura tiene el inconveniente serio de coadyuvar al encubrimiento de conductas prohibidas por el Derecho Internacional y sumamente peligrosas en el ámbito de las relaciones internacionales, como son las represalias armadas. Y la defensa preventiva pugna además con la dimensión real del principio de la igualdad soberana de los Estados, pues está claro que solo los más poderosos y a los más débiles estarán en condiciones de poner en práctica este tipo de acción de guerra. Estaríamos, en definitiva, ante un retroceso preocupante del Derecho Internacional<sup>143</sup>.

El recurso a la guerra, en efecto, es contrario a todos los valores proclamados por la comunidad internacional, dado que conculca la paz y la seguridad de manera extrema, y además destruye el marco en que se desarrollan los derechos humanos y la protección del medio ambiente. En palabras de O'Connell: "War should be considered an aberration. It should only be recognized when compelled by the facts: facts of real fighting and situations of emergency where normal peacetime law and protections cannot operate. Doubtful situations should be treated under the law of peace. The human right to life, to a speedy trial, to peacetime due process, and the duty to protect the environment should be respected unless the state is compelled by intense and protracted armed hostilities from doing so"<sup>144</sup>.

Quizá la más autorizada expresión de este rechazo, sea la formulada por el entonces secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en unas declaraciones formuladas a la cadena británica BBC en las que aseguraba lo siguiente: "I have indicated it was not in conformity with the UN charter from our point of view, from the charter point of view, it was illegal"<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> Pastor Ridruejo, 2003: 17-18.

<sup>144</sup> *Op. cit.* O'Connell (2005): 5.

<sup>145</sup> BBC News, 2004.

## B. Invasión y ocupación

El 20 de marzo de 2003, una coalición de fuerzas armadas (fuerza multinacional), dirigida por Estados Unidos con importantes efectivos de Reino Unido y pequeños contingentes de Australia y Polonia, inició la invasión de Iraq. Las principales operaciones de combate concluyeron a principios de mayo de 2003. Estados Unidos y Reino Unido a partir de entonces se convirtieron en potencias ocupantes según la sección III del Reglamento de La Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y la cuarta Convención de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra de 1949. El artículo 27 de esta última obligaba a dichos Estados, dentro de la zona que ocupaban, a proteger a la población civil contra los actos de violencia. Los artículos 41, 42 y 78 reconocían su poder, entre otras cosas, para internar civiles iraquíes cuando fuera necesario por razones imperativas de seguridad.

La Autoridad Provisional de la Coalición (APC) fue creada por el Gobierno de Estados Unidos como una administración transitoria hasta que un Gobierno iraquí pudiera ser establecido. Tenía el poder, entre otras cosas, para legislar. El 13 de mayo de 2003, Donald Henry Rumsfeld, secretario de defensa publicó un memorándum formal por el que se nombraba al embajador Lewis Paul Bremer como administrador de la APC con la responsabilidad de la gestión temporal de Iraq. El Gobierno de la APC se dividió en áreas regionales. La zona sur de la APC quedó bajo la responsabilidad del Reino Unido con un coordinador regional británico que ejercía su control sobre cuatro de las dieciocho provincias de Iraq, cada una de las cuales contaba, a su vez, con un coordinador de gobernación. Además, las tropas británicas fueron desplegadas en dicha región. Sin embargo, y aunque el Reino Unido estuvo representado en la sede de la APC a través de la Oficina del Representante Especial del Reino Unido y trató de influir en la política de la APC, todas las decisiones administrativas y legislativas de la APC fueron tomadas por el embajador Bremer<sup>146</sup>.

La ocupación condujo a delicados problemas jurídicos, especialmente en materia de responsabilidad internacional. Como ha señalado Taylor,

If contemporary occupiers are unable, or unwilling, to meet the requirements of international occupation law in its current interpretation then the question arises of what should be done. There are three possible answers: Firstly, that the situation continues as it is with a disregard for law and a lack of punishment for transgressors. Secondly, enforcement could be improved, so that occupiers have to adhere to the existing requirements placed upon them, and thirdly the law could be reinterpreted and added to in order to protect both occupants and the occupied<sup>147</sup>.

En efecto, la ocupación en tiempo de guerra presenta un ejemplo particularmente claro de discontinuidades. La distinción doctrinal crucial en este tipo de situaciones no es exactamente entre la guerra y el no a la guerra, sino que lo fundamental es la dife-

---

<sup>146</sup> Cfr. los antecedentes en TEDH (2009): "Case concerning Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom, Decision. 30 June 2009", Judgements, advisory opinions and published decisions.

<sup>147</sup> Taylor, "The (in)compatibility of international law with contemporary occupations".

renciación entre la guerra y la ocupación, así como entre las funciones destructivas del aparato militar (derrotar al enemigo y conquistar territorio) y las funciones de la policía para garantizar el orden en ese mismo territorio durante el período de ocupación. En opinión de Berman:

The “*in bello*” dimensions of conflicts in the colonial and occupation contexts that most distinguish them from the traditional image of inter-state conflicts —and that make them resemble the terrorism/counter-terrorism context— concern their discontinuous qualities. These discontinuous qualities have both spatial and temporal dimensions. The spatial dimension concerns shifting control over territory; the temporal dimension concerns the episodic quality of the violence<sup>148</sup>. These discontinuities make problematic the application of the key doctrinal distinctions that select certain forms of violence as the kind of combat entitled to international law privileges<sup>149</sup>.

En el preámbulo de la Resolución 1483 (2003), de 22 de mayo de 2003, sobre la situación entre Iraq y Kuwait, un texto comparable a la Resolución 1244 (1999), de 10 de junio de 1999, sobre la situación humanitaria de Kosovo (RFY), el CS tomó nota de la carta de los representantes de Estados Unidos y de Reino Unido mediante la cual estos Estados reconocen “la responsabilidad y las obligaciones específicas que, en virtud del Derecho Internacional aplicable, corresponden a esos Estados en su calidad de potencias ocupantes bajo un mando unificado” (párrafo 13 del preámbulo). En el párrafo siguiente, el Consejo tomó nota de que “otros Estados que no son potencias ocupantes están realizando tareas, o quizás lo hagan en el futuro, en el marco de la Autoridad” (párrafo 14). Se refería a estados como España, Polonia o Japón. El propósito de esas disposiciones poco afortunadas era liberar a los estados en segundo plano presentes en Iraq de la categoría de potencias ocupantes. Este calificativo, que se percibía como muy negativo —si no infamante— en Europa y en Estados Unidos después de la segunda guerra mundial, causaba problemas en el ámbito de la política interna de dichos estados. Sin embargo, esas declaraciones contradecían el principio de efectividad consagrado en el artículo 42 del Reglamento de La Haya. Para el Derecho Internacional humanitario, el control efectivo de un territorio es el único factor que determina la existencia de una ocupación beligerante.

Es preciso estar de acuerdo con el profesor Mariño Menéndez, cuando afirma que la resolución del CS se limitó a constatar la efectividad de la ocupación sin legitimar el ataque que la originó, a efectos de establecer la responsabilidad de la coalición como ocupante del país a los efectos del Derecho Internacional humanitario, en particular, y del Derecho Internacional, en general<sup>150</sup>.

En efecto, este consejo no formuló ninguna calificación jurídica, limitándose a tomar nota de la situación. Por lo tanto, siguió aplicándose el derecho de la ocupación. Asimismo, instó “a quienes concierna (no solamente a los ocupantes que él mismo había determinado) a cumplir cabalmente las obligaciones que les incumben en virtud

<sup>148</sup> Para ampliar el marco conceptual de esta distinción, cfr. Veuthey, 1983: 355-356.

<sup>149</sup> Berman, 2004: 23-24.

<sup>150</sup> Véase el capítulo de la presente obra “La tortura y los tratos inhumanos en el conflicto iraquí” de Fernando M. Mariño Menéndez.

del Derecho Internacional, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y el Reglamento de La Haya de 1907" (párrafo 5 de la parte operativa de la resolución). Además, se reafirmaba implícitamente la aplicación del artículo 42 del reglamento. No se hizo una excepción a la aplicación del principio de efectividad del Derecho Internacional; más bien lo contrario<sup>151</sup>.

En este tipo de situaciones conviene recordar el contenido de las obligaciones de los estados ocupantes, teniendo muy presentes las siguientes reflexiones de Huber:

La vigilance qu'au point de vue du droit international l'État est tenu de garantir, peut être caractérisée, en appliquant par analogie un terme du droit romain, comme une *diligentia quam in suis*. Cette règle, conforme au principe primordial de l'indépendance des États dans leurs affaires intérieures, offre en fait aux États, pour leurs ressortissants, le degré de sécurité auquel ils peuvent raisonnablement s'attendre. Du moment que la vigilance exercée tombe manifestement au-dessous de ce niveau par rapport aux ressortissants d'un État étranger déterminé, ce dernier est en droit de se considérer comme lésé dans des intérêts qui doivent jouir de la protection du droit international. Ce qui vient d'être dit au sujet de la vigilance due par rapport à l'insécurité générale résultant de l'activité des brigands, s'applique à plus forte raison aux deux autres situations envisagées ci-dessus, savoir: la criminalité de droit commun et la rébellion<sup>152</sup>.

También, en la propia Resolución 1483 (2003), el cs levantó las sanciones internacionales y estableció una base jurídica para el trabajo de las Naciones Unidas en Iraq durante la ocupación. La creación de la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Iraq (más conocida como UNAMI por sus siglas en inglés, United Nations Assistance Mission for Iraq) se produjo formalmente a partir de la Resolución 1500 (2003), de 14 de agosto de 2003, sobre la situación entre Iraq y Kuwait. Unos días después, el 19 de agosto, el Cuartel General de las Naciones Unidas en Bagdad fue objeto de un atentado terrorista que causó 22 muertos y más de ciento cincuenta heridos. De las personas fallecidas, 15 formaban parte del personal de la ONU, entre ellos se encontraba el representante especial del secretario general, Sergio Vieira de Mello. Pero la situación jurídica se complicó aún más cuando la APC se disolvió en junio de 2004 y se estableció una fuerza multinacional (Resolución 1511 [2003], de 16 de octubre de 2003, sobre la situación entre Iraq y Kuwait):

---

<sup>151</sup> Al no gozar de una verdadera autonomía y estar sometidos a las dos potencias dominantes, cs quizás estimó que sus actos debían atribuirse a las dos potencias principales. Sin embargo, Polonia administró y controló una pequeña zona en el sur de Iraq con una autonomía y una efectividad suficientes como para ser calificada de fuerza de ocupación. Debe entonces prevalecer el principio de efectividad contenido en el artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907 por el cual Polonia fue, sin duda alguna, una potencia ocupante. Muy lógicamente, el CICR instó a Polonia a que respetara, en su zona, las disposiciones del derecho de la ocupación, como lo hizo con otros Estados no ocupantes, sin que ninguno de ellos protestase (cfr. Kolb: 2008).

<sup>152</sup> Cfr. Naciones Unidas (2006): "Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni), 1 Mai 1925", Recueil des sentences arbitrales, vol. II: 644 [en línea en [http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_II/615-742.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_II/615-742.pdf), citado 17 may 12].

After June 30th, however, Coalition troops will no longer be forces of occupation. Yet, exactly what Coalition forces will be the day after the transfer of sovereignty is very much a mystery.

Not only do Coalition troops lose their status as occupying forces, they may lose their authorization to be in the country as part of a U.N. multinational force. U.N. Security Council Resolution 1511 authorized the creation of a multinational force to bring stability to Iraq. However, operative paragraph 15 provides that the mandate of that force expires upon the completion of a political process that restores sovereignty to Iraqis, although it expresses readiness to consider on that occasion any future need for the continuation of the multinational force, taking into account the views of an internationally recognized, representative government of Iraq. Part of the political process outlined in Resolution 1511 included the drafting of a permanent Constitution and the holding of national elections ultimately leading to a transfer of sovereignty. Although Iraq after the handover will still have to write a permanent Constitution and hold elections, the provisions of Resolution 1511 seem to suggest a transfer of sovereignty is sufficient for the multinational's force's authorization to expire.

Thus, until the transitional government gives explicit authorization for those troops to be on its soil, or unless the Security Council authorizes the continuation of the multinational force, Coalition forces would be on the territory of a sovereign state without legal justification<sup>153</sup>.

Sin embargo, como ha señalado Sassòli, la vigencia del Derecho Internacional humanitario, y del derecho de la ocupación en especial, no se vería afectada por la disolución de la APC, puesto que sus tropas no pasaron a depender del Gobierno de Iraq, tal y como se expone a continuación:

In the case of Iraq, Security Council Resolution 1546 (2004), "*looking forward to the end of the occupation and the assumption of full responsibility and authority by a fully sovereign and independent Interim Government of Iraq by 30 June 2004*", explicitly welcomes that 'by 30 June 2004, the occupation will end.' In my view, this cannot be seen as an application of the rules of IHL on the end of application of the law of military occupation to the facts on the ground. Under IHL, the law of military occupation would have continued to apply. The resolution was adopted when the US-led coalition itself admitted that it was still exercising effective control over Iraq and its wording does not make this determination dependent upon an effective change on the ground. As for the facts, more than 100,000 Coalition troops remain in Iraq, they are involved in daily fighting, they are not put under the direction of the Iraqi provisional government and the latter may not even ask them directly for their withdrawal from Iraq. All Resolution 1546 foresees is that the 'mandate for the multinational force shall be reviewed at the request of the Government of Iraq'<sup>154</sup>.

Quizá sea útil distinguir, como lo hace Tigroudja, entre una dimensión militar y una dimensión civil de la ocupación. La primera se extendería hasta el 5 de junio de 2004, fecha en que las autoridades iraquíes solicitaron la ayuda del CS y de la comunidad internacional. La dimensión civil, habida cuenta, entre otros factores, de la

---

<sup>153</sup> Patel, 2004.

<sup>154</sup> Sassòli, 2005: 683.

Orden número 100 de la APC que limitaba profundamente la capacidad del Gobierno interino, se habría prolongado hasta la celebración de las elecciones del 30 de enero de 2005<sup>155</sup>. Sin embargo, ninguna de las maniobras legislativas efectuadas por la APC podía inmunizar a la misma —o a los agentes o particulares que actuaban bajo su autoridad— de la aplicación del Derecho Internacional, puesto que los actos dictados unilateralmente por las fuerzas de ocupación tenían el carácter de derecho interno a los efectos proclamados por el artículo 3 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de la CDI según se expone a continuación: “La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el Derecho Internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”.

A la vista de lo expuesto en el párrafo anterior, es necesario coincidir con Talmon, cuando afirma lo siguiente: “The CPA was an occupation government, that is ‘a government imposed by force, and the legality of its acts is determined by the law of war’ irrespective of whether it consisted of a military, civil or mixed administration”<sup>156</sup>.

En cualquier caso, hay que tener presente que, pese a la incertidumbre jurídica de la situación, el Derecho Internacional relativo a los derechos humanos establece normas jurídicas que no pueden derogarse ni suspenderse ni siquiera en una emergencia pública<sup>157</sup>. Por ejemplo, la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) es actualmente incuestionable. Así, la opinión consultiva de la CIJ acerca el asunto sobre las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado establece:

110. [...]

[...]

le Comité arriva à la conclusion suivante:

“dans les circonstances actuelles, les dispositions du pacte s’appliquent au profit de la population des territoires occupés, en ce qui concerne tous les actes accomplis par les autorités ou les agents de l’Etat partie dans ces territoires, qui compromettent la jouissance des droits consacrés dans le pacte et relèvent de la responsabilité de l’Etat d’Israël conformément aux principes du droit international public” (CCPR/C0/78/1SR, par. 1 1).

111. En définitive, la Cour estime que le pacte international relatif aux droits civils et politiques est applicable aux actes d’un Etat agissant dans l’exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Tigroudja, 2004: 79-80.

<sup>156</sup> Talmon, 2008: 4.

<sup>157</sup> Cfr. cs de las Naciones Unidas (1999): “Informe del secretario general al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados. 8 de septiembre de 1999”, Informes del secretario general: 2.

<sup>158</sup> Cfr. CIJ (2004): “Affaire des conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé. Avis consultatif, 9 Juillet 2004”, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances: 180 [en línea en <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1670.pdf>, citado 27 may 12].



### III. *Ius in bello*

El principio general del derecho consuetudinario relativo a la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades se formuló ya en la Declaración de San Petersburgo (1868), así: “el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo”. Posteriormente en el Reglamento de La Haya de 1907, el artículo 25 recogió el hecho de que en el escenario de los combates terrestres “está prohibido atacar, por cualquier medio, ciudades, aldeas, casas o edificios que no estén defendidos”. Además, se aclaró que, en caso de asedio de una localidad defendida, “el jefe de las tropas asaltantes, antes de empezar el bombardeo, y excepción hecha del caso de ataque a fuerza viva, deberá hacer cuanto de él dependa para advertir de ellos a las autoridades” (artículo 26).

La noción de objetivo militar —establecida en el noveno Convenio de La Haya de 1907— prohíbe bombardear “puertos, ciudades, aldeas, habitaciones o edificios que no estén defendidos” (artículo 1). Roberto Ago indicó que la necesidad militar ofrecía un margen casi inexistente para justificar la vulneración de las obligaciones de los beligerantes respecto de las personas protegidas, expresándolo así:

The purpose of the humanitarian law conventions was to subordinate, in some fields, the interests of a belligerent to a higher interest; States subscribing to the conventions undertook to accept that subordination and not try to find pretexts for evading it. It would be absurd to invoke the idea of military necessity or necessity of war in order to evade the duty to comply with obligations designed precisely to prevent necessities of war from causing suffering which it was desired to proscribe once for all. The conclusion is that, apart from the provisions expressly inserted in certain rules, there is no “necessity of war” that constitutes a valid ground for State conduct not in conformity with the obligations imposed by conventions designed to humanize war<sup>159</sup>.

En esta misma línea, la Declaración de Edimburgo de 1969 del Instituto de Derecho Internacional (IDI) establece:

4. Il est interdit par le droit international en vigueur d'attaquer, au moyen d'armes, la population civile comme telle, ainsi que tous objets non militaires, notamment les habitations ou autres constructions qui abritent la population civile, à moins qu'ils ne soient employés à des fins militaires assez importantes pour justifier une action d'après la règle relative aux objectifs militaires énoncée au paragraphe 2;
5. L'application des règles existantes du droit international qui interdisent d'exposer les populations civiles et les objets non militaires aux effets destructeurs des moyens de combat n'est pas affectée par les dispositions des paragraphes précédents;
6. Sont interdites par le droit international en vigueur, sans préjuger la nature de l'arme utilisée, toutes les actions qui, à quelque titre que ce soit, sont destinées à semer la terreur dans la population civile<sup>160</sup>.

<sup>159</sup> Ago, 1980.

<sup>160</sup> Cfr. IDI (1969): “La distinction entre les objectifs militaires et non militaires en général et notamment les problèmes que pose l'existence des armes de destruction massive. Edimbourg, 9 septembre 1969”, CICR: droit in-



En coherencia con ello, todas las resoluciones pertinentes del CS exigieron, bien explícitamente o bien por referencia, el respeto del Derecho Internacional humanitario y del derecho de la ocupación. En la Resolución 1483 (2003), el Consejo tomó conocimiento de la carta de los representantes de Estados Unidos y de Reino Unido, “reconociendo la responsabilidad y las obligaciones específicas que, en virtud del Derecho Internacional aplicable, corresponden a esos Estados en su calidad de potencias ocupantes bajo un mando unificado”. El consejo admitía, pues, la preexistencia de una obligación a la cual se debía someter dichos estados; no creó esa obligación.

En este sentido, conviene recordar la sentencia de la CIJ, en el asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo, que desarrolló aspectos jurídicos fundamentales del principio de distinción, afirmando:

211. [...], the Court considers that it has credible evidence sufficient to conclude that the UPDF troops committed acts of killing, torture and other forms of inhumane treatment of the civilian population, destroyed villages and civilian buildings, failed to distinguish between civilian and military targets and to protect the civilian population in fighting with other combatants, incited ethnic conflict and took no steps to put an end to such conflicts, was involved in the training of child soldiers, and did not take measures to ensure respect for human rights and international humanitarian law in the occupied territories. [...]

216. The Court first recalls that it had occasion to address the issues of the relationship between international humanitarian law and international human rights law and of the applicability of international human rights law instruments outside national territory in its Advisory Opinion of 9 July 2004 on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. In this Advisory Opinion the Court found that “The protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. [...]” (*I.C.J. Reports 2004*, p. 178, para. 106.)

[...] The Court further concluded that international human rights instruments are applicable “in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory”, particularly in occupied territories (*ibid.*, pp. 178-181, paras. 107-113). [...]

220. The Court thus concludes that Uganda is internationally responsible for violations of international human rights law and international humanitarian law committed by the UPDF and by its members in the territory of the DRC and for failing to comply with its obligations as an occupying Power in Ituri in respect of violations of international human rights law and international humanitarian law in the occupied territory<sup>161</sup>.

A partir de estas premisas, no se trata de dilucidar si las fuerzas de ocupación en Iraq violaron el derecho relativo a la ocupación, ya que es indudable que así fue. La doctrina es prácticamente unánime al respecto.

---

ternational humanitaire; traités et textes [en línea en <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/445?OpenDocument>, citado 27 may 12].

<sup>161</sup> Doc. cit. CIJ (2005): “Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Judgement, 19 December 2005”, Reports of judgements, advisory opinions and orders.

Como han señalado Kramer y Michalowski, las tropas de ocupación cometieron cuatro tipos de crímenes<sup>162</sup> desde la vigente perspectiva del Derecho Internacional humanitario:

- el fracaso en asegurar la seguridad pública y en proteger los derechos de la población civil;
- la transformación ilícita de la economía iraquí;
- la respuesta indiscriminada a las acciones de la insurgencia iraquí;
- la tortura y el trato inhumano y degradante a los prisioneros iraquíes.

Las fuerzas de ocupación en Iraq violaron sus obligaciones derivadas del Derecho Internacional en el conjunto de su actuación y, en particular, por su ineptitud para mantener el orden en los días que siguieron a la invasión<sup>163</sup> y las amplias reformas estructurales efectuadas en la economía iraquí<sup>164</sup>.

Una de las reformas más controvertidas fue la modificación radical de la ley de inversiones extranjeras. Mediante la Orden número 39 de la APC, de 19 de septiembre de 2003, Iraq se abrió por completo a la inversión extranjera. Toda la legislación anterior más restrictiva fue derogada. El grado de apertura superó al de cualquier otro estado del mundo. Además, se eximió a los inversores extranjeros de la obligación de reinvertir una parte de sus beneficios en Iraq. Todos los beneficios pudieron ser exportados. Conforme a la legislación anterior de Iraq, este privilegio se otorgaba únicamente a los nacionales de estados árabes. Esa reforma estructural, que no era necesaria para la seguridad del ejército de ocupación ni para el mantenimiento de la vida civil, era manifiestamente contraria al artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1907, exceptuando el caso de que se hubiese producido una autorización del CS por medio de una resolución<sup>165</sup>.

También representó un grave incumplimiento de las obligaciones de las potencias ocupantes el expolio del patrimonio cultural iraquí, pese a que el CS había formulado claramente en la propia Resolución 1483 (2003), las medidas necesarias para su protección:

7. *Decide* que todos los Estados Miembros adopten las medidas que corresponda para facilitar el retorno seguro a las instituciones iraquíes de los bienes culturales y otros artículos de valor científico especial o importancia arqueológica, histórica, cultural, o

---

<sup>162</sup> Kramer, Michalowski, 2005: 452.

<sup>163</sup> Gasser, 2004: 154.

<sup>164</sup> Entre otras, la liberalización completa de la economía y del comercio; la apertura casi total del país a la inversión extranjera; la eliminación de la obligación de reinvertir en el país; la reforma completa del sistema fiscal. Estas reformas están recogidas en las órdenes número 37, 39 y 64 de la APC que versan sobre la tributación, la ley de inversiones y la ley de sociedades (la utilidad de estas para los numerosos inversores estadounidenses es obvia).

<sup>165</sup> Además, como señala Sassòli, el CS no goza de libertad ilimitada, sino que su margen de discrecionalidad está limitado por el Derecho Internacional, incluso en el caso de una administración civil internacional de transición, las reformas profundas deben dejarse en manos de la población administrada, en virtud del principio de la autodeterminación. En sus propias palabras: “Ni siquiera una administración de la ONU debe introducir cambios tan fundamentales; a lo sumo, puede sugerirlos a la población del territorio que administra, como una solución a sus problemas” (Sassòli 2005: 694). Cfr. también, Homi Kaikobad, 2005: 260; Roberts, 2005: 36 y ss; Roberts, 2006: 614-615.

religiosa que fueron sustraídos ilícitamente del Museo Nacional, la Biblioteca Nacional y otros lugares del Iraq desde la aprobación de la resolución 661 (1990) de 6 de agosto de 1990, incluso prohibiendo el comercio o la transferencia de esos bienes o de aquellos respecto de los cuales haya sospechas razonables de que han sido sustraídos de manera ilícita e *insta* a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Interpol y otras organizaciones internacionales, según proceda, a que presten asistencia en la aplicación del presente párrafo<sup>166</sup>.

En cuanto al mantenimiento del orden público y del Estado de derecho, los resultados han sido aún peores. Como admitía el “Iraq Study Group Report”, liderado por Baker y Hamilton y creado por iniciativa del Congreso de los Estados Unidos,

The situation in Iraq is grave and deteriorating. [...]

[...]

The challenges in Iraq are complex. Violence is increasing in scope and lethality. It is fed by a Sunni Arab insurgency, Shiite militias and death squads, al Qaeda, and widespread criminality. Sectarian conflict is the principal challenge to stability. [...]

[...]

The Iraqi criminal justice system is weak, and the U.S. training mission has been hindered by a lack of clarity and capacity. It has not always been clear who is in charge of the police training mission, and the U.S. military lacks expertise in certain areas pertaining to police and the rule of law<sup>167</sup>.

Especialmente grave fue la situación de los detenidos, tanto por las tropas de ocupación, como por las nuevas autoridades iraquíes<sup>168</sup>. Así lo señalaba Pace, antiguo jefe de la Oficina de Derechos Humanos de la UNAMI entre agosto de 2004 y febrero de 2006: “Groups such as Al Qaeda, that had never set foot in Iraq before the invasion, now made it their battle ground in their war on the United States. The military engagement in the quest for terrorists compounded the threat by creating large numbers of detainees, held in us custody for prolonged periods. *The great majority of these detainees being innocent*”<sup>169</sup> [cursiva del autor], there was little doubt that several of them would be more prone to becoming terrorists once they were released”<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> Para ampliar esta información, véase el capítulo de la presente obra titulado “El conflicto de Iraq y el patrimonio cultural” de Núria Camps Mirabet.

<sup>167</sup> Baker, Hamilton, 2006: 6-54.

<sup>168</sup> A finales de 2007, alrededor de veintitrés mil internos estaban en manos de las fuerzas multinacionales y muchos miles más estaban en manos de las autoridades iraquíes. Entre ellos niños, mujeres y personas de edad avanzada.

<sup>169</sup> En una entrevista de la periodista Amy Goodman para *Democracy now!* el propio Pace afirmaba que podía estimarse en un 80 %, o incluso en un 90 %, la proporción de detenidos que eran inocentes (Goodman, 2006).

<sup>170</sup> Pace, 2008: 110. Además, el autor afirma lo siguiente: “The human rights situation remained serious; arbitrary arrests and detentions, and summary executions continued to occur regularly. Allegations of torture remained rife and rampant, with evidence emerging from interviews and from observing that the bodies of many deceased bore signs of summary and arbitrary execution. The number of abductions remained high” (Pace, 2008: 105).

Entre las muchas violaciones e irregularidades observadas cabe destacar el hecho de que Estados Unidos no ha facilitado una lista con las personas detenidas en Iraq. Como consecuencia, se desconoce el número, la identidad y la ubicación de dichas personas. El artículo 122 del tercer Convenio de Ginebra y los artículos 136 y 137 del cuarto convenio establecen la existencia, al menos, de una oficina de información para recibir los datos relativos a los prisioneros de guerra y a los detenidos civiles. Dicha información debe ser transmitida a los estados beligerantes y a la Agencia Central de Informaciones sobre los Prisioneros de Guerra del CICR. Sobre este tema los expertos reunidos en Ginebra determinaron:

The experts commented that the US administration may, under IHL, legitimately detain people who pose a threat to its security. Therefore there was no need to create a new status and undermine the present system. Persons without POW status are civilians under the Fourth Geneva Convention provided they fulfil the nationality criteria and may be detained because they are a security threat. Both POWs and civilians accused of a crime and prosecuted. The majority of the experts were of the view that if they are held in custody, this should be in accordance with normal human rights and both categories (security detainees and alleged criminals) should be entitled to contest the lawfulness (including continued need) of detention in accordance with the suggestions listed above<sup>171</sup>.

Lamentablemente, estos aspectos pueden considerarse como meros detalles de un fresco aterrador en el marco de un conflicto que discurría completamente al margen y contra el derecho. De hecho, Amnistía Internacional (AI) denunciaba graves violaciones de los derechos humanos en Iraq un año después del inicio de la guerra:

Decenas de civiles parecen haber muerto a causa de un uso excesivo de la fuerza por las tropas de Estados Unidos o de disparos efectuados en circunstancias controvertidas. Por ejemplo, los soldados estadounidenses han matado a tiros a decenas de manifestantes iraquíes en distintos incidentes, entre ellos a siete en Mosul el 15 de abril de 2003, al menos 15 en Faluya el 29 de abril y a dos a la entrada del Palacio de la República de Bagdad el 18 de junio.

En noviembre de 2003, el Ejército de Estados Unidos informó de que había pagado 1,5 millones de dólares a civiles iraquíes en respuesta a demandas presentadas por víctimas o familiares de víctimas por lesiones personales, muerte o daño de propiedad. Algunas de las 10.402 demandas que, según informes, se han presentado se refieren a casos de soldados estadounidenses que han matado o herido de gravedad a civiles iraquíes al disparar contra ellos sin razón aparente. No obstante, independientemente de estos pagos, las familias de los muertos y los heridos han tenido pocas oportunidades. No se ha procesado a ningún soldado estadounidense por homicidio ilegal de civiles iraquíes. En virtud de una orden dictada en junio de 2003 en Bagdad por la autoridad de la coalición dirigida por Estados Unidos, los tribunales iraquíes tienen prohibido ver causas contra soldados estadounidenses u otros militares o funcionarios extranjeros destacados en Iraq. Debido a ello, los soldados estadounidenses gozan de total impunidad<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> Dörmann, 2004.

<sup>172</sup> Cfr. AI (2004, 18 mar): "Un año después, la situación de los derechos humanos sigue siendo alarmante", AI: noticias y actualidad [en línea en <http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/un-ano-despues-de-la-guerra-la-situacion-de-los-derechos-humanos-sigue-siendo-critica/>, citado 27 may 12].

Se generalizaron los actos de saqueo y el pillaje, principalmente en hospitales, instituciones de servicios públicos, embajadas e institutos extranjeros y en los centros culturales, como universidades y museos. Esta situación se tradujo en daños a la población civil, la propiedad extranjera y el patrimonio cultural<sup>173</sup>. Como ha señalado Kunzmann, apoyándose en la jurisprudencia de la CIJ,

This damage is attributable to the individual looters, but also to the omission of the Coalition forces as the *de-facto* state authority and occupying forces which bear the responsibility to prevent looting and to re-establish public order. The looting of public buildings is something which is to be expected if a state removes the effective authority of another state. According to the principles set out in the Diplomatic and Consular Staff case these damages are thus attributable to the Coalition states' acts and omissions<sup>174</sup>.

De entre las innumerables violaciones de las obligaciones derivadas del Derecho Internacional humanitario —entre ellas el juicio y ejecución del dictador iraquí— destacan especialmente tres: la práctica sistemática de la tortura, el uso de armas prohibidas, así como la práctica del terror contra la población civil y los ataques contra periodistas y medios de comunicación. Para dar nombre a algunos casos significativos, cabe mencionar las torturas de Abu Ghraib, la toma de Faluya y el asunto del Hotel Palestina, respectivamente.

A principios del 2003 se sucedieron numerosos casos de abuso y tortura de prisioneros encarcelados en la prisión de Abu Ghraib en Iraq por el personal de la 372.<sup>a</sup> Brigada de la Policía Militar de Estados Unidos, agentes de la Agencia Central de Inteligencia (más conocida como CIA por sus siglas en inglés, Central Intelligence Agency) y contratistas involucrados en la ocupación de Iraq. La investigación realizada por el Ejército de Estados Unidos se inició en enero del 2004 y los informes que le siguieron, así como las fotografías que mostraban a personal militar estadounidense abusando de prisioneros, causaron un impacto mundial. El informe del general Antonio Taguba, de abril de 2004, citaba numerosos ejemplos de la forma en que el abuso de prisioneros se llevaba a cabo.

El 9 de marzo de 2006, las autoridades militares estadounidenses decidieron el cierre de la prisión de Abu Ghraib y el traslado de los detenidos a otros centros penitenciarios de Iraq. En agosto de 2006 se informó de que la prisión se encontraba ya vacía y, finalmente, el 2 de septiembre, se realizó su cesión formal al Gobierno iraquí<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> Por ejemplo, cfr. Naciones Unidas (2003): "Transcript of the UN humanitarian briefing in Amman, Jordan (29 April)", UN News Centre; Archive: UN press briefings in Amman (20 March-1 May 2003) [en línea en <http://www.un.org/apps/news/infocus/iraq/infocusnews.asp?NewsID=508&slD=9>, citado 27 may 12].

<sup>174</sup> Kunzmann, 2003: 730-731.

<sup>175</sup> Human Rights Watch, con motivo de la publicación de un informe en 2005 sobre la tortura y la responsabilidad del mando de Estados Unidos, poco antes del primer aniversario de la publicación de las fotos de Abu Ghraib (28 de abril), denunció que había una cantidad abrumadora de pruebas de que el maltrato y la tortura a prisioneros musulmanes no solo tuvo lugar en Abu Ghraib, sino en centros de todo Afganistán e Iraq, así como en Guantánamo y en lugares secretos de todo el mundo. El Departamento de Defensa expulsó a 17 soldados y oficiales del servicio y siete soldados fueron acusados de abandono del servicio, maltrato, asalto agravado y lesiones personales. Entre mayo de 2004 y septiembre de 2005, siete soldados fueron condenados en una corte marcial, sentenciados a prisión, rebajados de rango y dados de baja del

*Faluya, la masacre escondida* es un documental de Sigfrido Ranucci y Maurizio Torrealta que fue televisado por primera vez por la compañía estatal Radio Televisión Italiana (RAI) el 8 de noviembre de 2005. El filme muestra el uso de armas químicas, centrándose en las bombas incendiarias y denunciando la violencia indiscriminada contra civiles, incluidos niños, por parte de las fuerzas militares de Estados Unidos durante la toma de Faluya en 2004. Así, las ideas centrales de la película son: establecer el caso de crímenes de guerra contra civiles cometidos por Estados Unidos, evidenciar el uso de armas químicas por militares estadounidenses y documentar otros abusos de los derechos humanos ejercidos por las fuerzas norteamericanas en Iraq.

Concretamente la película versa sobre el uso de fósforo blanco y de una sustancia similar al napalm, conocida como Mark 77, por las fuerzas estadounidenses. Para exponer este tema, se presentan entrevistas con exmilitares que estuvieron directamente implicados en la Toma de Faluya y, además, se denuncian los intentos del ejército estadounidense de suprimir las noticias usando medios encubiertos.

Cabe señalar que el uso de napalm y de agentes similares contra civiles y contra fuerzas militares en la cercanía de civiles fue prohibido por la comunidad internacional en 1980<sup>176</sup>. Algunas de las características de este tipo de armas son que hieren y matan indiscriminadamente y que tienen un área de efecto amplia.

El documental incluye tomas del momento en que se dispara desde los helicópteros hacia las áreas urbanas, así como también filmaciones de las bajas ocasionadas, que incluyen mujeres y niños. Igualmente, en una de las entrevistas con un exsoldado, se habla sobre el uso de bombas de fósforo, que los militares llaman *Willy Pete* (código para 'fósforo blanco', en inglés *White Phosphorous* [WP]) y describe la ofensiva como "llanamente una matanza de árabes". Durante la ofensiva, se alega que Estados Unidos, de manera deliberada, atacó a civiles y niños como parte de una campaña para exterminar cualquier oposición a la ocupación. También se muestra una entrevista con un exmilitar, que fue francotirador, durante la que admite haber matado a civiles de manera intencionada bajo las órdenes de sus comandantes. La naturaleza de los actos cometidos en dicho asalto no ofrece lugar a dudas en la siguiente declaración:

With Bush re-elected, a much more massive, and even more violent, second assault on Fallujah was launched in early November 2004. Deliberately bombing the Nazzal hospital first —presumably to reduce the chances of casualty images and figures leaking out to the outside world this time— this assault seems likely, at the time of writing (26th November 2004), to go down as one of the major war crimes of the early 21st century. The horrors of the assault are only now starting to emerge. As of November 20th, us forces claimed that at least 1200 'insurgents' lay dead. Little mention was made, however, of

---

servicio de forma deshonrosa. Dos soldados, Charles Grane y Lynndie England, fueron sentenciados a diez y tres años de prisión respectivamente. La comandante de la prisión, la brigadier general Janis Karpinski, fue rebajada de su rango a coronel (el informe completo "Getting away with torture? command responsibility for the U.S. abuse of detainees" se puede consultar en línea en [http://us-cdn.creamermedia.co.za/assets/articles/attachments/23106\\_torture.pdf](http://us-cdn.creamermedia.co.za/assets/articles/attachments/23106_torture.pdf) [citado 27 may 12]).

<sup>176</sup> El 10 de octubre de 1980 se aprobó la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados.



the very high numbers of dead and wounded civilians (100,000 of which were still in the City during the second assault). *The New York Times*, quoting the International Red Crescent, estimated on November 20th that over 800 civilians had been killed (Wong, 2004). 54 us Marines and 9 Iraqi soldiers had also been killed by that date<sup>177</sup>.

Es muy probable que muchas atrocidades se cometieran porque se daba por descontada la impunidad. Se trata de una política de “manos libres” que permitía a los aliados afrontar las distintas dificultades del combate y de la ocupación para lograr sus objetivos con el mínimo número de bajas propias posibles, sin ningún tipo de condicionantes derivados del respeto del Derecho Internacional humanitario.

Parte de dicha estrategia consistió, primero, en promover la condición de *embedded* (‘empotrado’) entre los periodistas que iban a cubrir la información y en suprimir todo medio de comunicación independiente que siguiera el conflicto. Anteriormente, ya se había instado a la exclusión de la CPI y asegurado que no podía ejercer sus competencias:

The International Criminal Court: set up as a separate international organization independent from the United Nations, its independence was tested by efforts by the Security Council to create exemptions from its jurisdiction through the operation of resolutions 1422 (2002) and 1487 (2003). These resolutions provided that the International Criminal Court would not investigate or prosecute officials from a State not party to the Rome Statute, extending that provision on an annual basis. A further proposed renewal was withdrawn by the United States in 2004 during the controversy arising from abuse of prisoners in Iraq<sup>178</sup>.

En el contexto de los conflictos armados, los periodistas cumplen la función de testigos de la comunidad internacional y de colaboradores de la justicia. Como declaró el TPIY en el caso Randal, los periodistas que informan en situaciones de conflicto posibilitan que la comunidad internacional tenga conocimiento de los hechos y que la opinión pública pueda ejercer su derecho a la información. No solo eso, sino que también consiguen evitar muchos crímenes, porque sus autores potenciales saben que peligra su impunidad. Asimismo, proporcionan, como decía la Sala de Apelaciones del Tribunal de La Haya, pruebas y testimonios sin los cuales sería imposible juzgar los crímenes de guerra, de genocidio y los crímenes contra la humanidad:

36. The Appeals Chamber is of the view that society's interest in protecting the integrity of the newsgathering process is particularly clear and weighty in the case of war correspondents. Wars necessarily involve death, destruction, and suffering on a large scale and, too frequently, atrocities of many kinds, as the conflict in the former Yugoslavia illustrates. In war zones, accurate information is often difficult to obtain and may be difficult to distribute or disseminate as well. The transmission of that information is essential to keeping the international public informed about matters of life and death. It may also be vital to assisting those who would prevent or punish the crimes under international humanitarian law that fall within the jurisdiction of this Tribunal. In this regard, it may be

---

<sup>177</sup> Graham, 2005: 5-6.

<sup>178</sup> Chesterman, 2008: 14.

recalled that the images of the terrible suffering of the detainees at the Omarska Camp that played such an important role in awakening the international community to the seriousness of the human rights situation during the conflict in Bosnia Herzegovina were broadcast by war correspondents. The Appeals Chamber readily agrees with the Trial Chamber that war correspondents “play a vital role in bringing to the attention of the international community the horrors and reality of conflict”<sup>179</sup>. The information uncovered by war correspondents has on more than one occasion provided important leads for the investigators of this Tribunal (See, e.g., Exhibit A to *Amici* Brief, Affidavit of Elizabeth Neuffer). In view of these reasons, the Appeals Chamber considers that war correspondents do serve a public interest.

37. The public’s interest in the work of war correspondents finds additional support in the right to receive information that is gaining increasing recognition within the international community. Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights provides that “Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers”. This principle is reproduced in all the main international human rights instruments. As has been noted<sup>180</sup> the right to freedom of expression includes not merely the right of journalists and media organizations freely to communicate information. It also incorporates a right of members of the public to receive information. As the European Court of Human Rights put it in its decision in *Fressoz and Roire v. France*<sup>181</sup>: “Not only does the press have the task of imparting information and ideas on matters of public interest: the public also has a right to receive them”<sup>182</sup>.

Esta labor de los periodistas exige una cierta objetividad, que es muy difícil o imposible de lograr si se integran (o ‘empotran’ *embedded*) en las tropas. Por ejemplo, el uso del fósforo blanco durante el asedio a Faluya se supo gracias a un equipo independiente de la RAI. La búsqueda de la verdad en una guerra puede ser una tarea heroica, especialmente si, como en el conflicto de Iraq, los periodistas se acaban convirtiendo

---

<sup>179</sup> Cfr. TPIY (2002): “Case concerning Prosecutor v. Radoslav Brdjanin and Momir Talic. Decision on motion to set aside confidential subpoena to give evidence, 7 June 2002”, Trial Chamber II [en línea en <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tdec/en/t020612.htm>, citado 27 may 12].

<sup>180</sup> Cfr. por ejemplo Weeramantry, 1995: 99-111.

<sup>181</sup> Cfr. TEDH (1999): “Case concerning Fressoz and Roire v. France. Judgement, 21 January 1999”, Judgements, advisory opinions and published decisions. Asimismo, en la sentencia Goodwin, recaída en un asunto en cuyo fondo se discutía la confidencialidad de las fuentes periodísticas, el TEDH declaró: “The Court recalls that *freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and that the safeguards to be afforded to the press are of particular importance* [cursiva del autor]”. Además, en el siguiente párrafo añadía lo siguiente “Protection of journalistic sources is one of the basic conditions for press freedom, [...]. Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result *the vital public-watchdog role of the press* [cursiva del autor] may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected. Having regard to the importance of the protection of journalistic sources for press freedom in a democratic society and the potentially chilling effect an order of source disclosure has on the exercise of that freedom, such a measure cannot be compatible with Article 10 (art. 10) of the Convention unless it is justified by an overriding requirement in the public interest” (cfr. TEDH [1996]: “Case concerning Goodwin v. the United Kingdom. Judgement, 22 February 1996”, Judgements, advisory opinions and published decisions).

<sup>182</sup> Cfr. TPIY (2002): “Case concerning Prosecutor v. Radoslav Brdjanin and Momir Talic. Decision on Interlocutory Appeal, 11 December 2002”, Chamber of Appeals [en línea en <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/acdec/en/randall021211.htm#30>, citado 27 may 12].



en “daños colaterales” o víctimas del “fuego amigo”, es decir, realmente y aunque no se admita, en objetivos militares que deben ser eliminados.

La muerte del británico Terry Lloyd a manos de soldados norteamericanos cuando viajaba en una ambulancia que ha sido declarada ilícita en Reino Unido (*unlawful killing*), la de Nicola Calipari (destacado miembro del servicio secreto italiano enviado para liberar y escoltar a la periodista Giuliana Sgrena) declarado héroe nacional en Italia, o el pleito emprendido por la viuda del periodista de Al-Yazira muerto en Bagdad, Tariq Ayyoub, son referencias simbólicas de una batalla cruenta librada por informar de la verdad o por tratar de ocultarla por todos los medios.

No obstante, el caso más emblemático de esta lucha es quizá la muerte del operador de cámara español José Couso y de su compañero de Reuters, Taras Protsyuk, ambos asesinados en el Hotel Palestina el 8 de abril de 2003 por el disparo de un carro de combate norteamericano cuando trataban de cumplir su labor informativa.

A la vista de los acontecimientos, el cs se mostró “profundamente preocupado” por la frecuencia con que se cometen actos de violencia en muchas partes del mundo contra periodistas, profesionales de los medios de comunicación y su personal asociado en los conflictos armados; en particular, se trata de ataques deliberados que contravienen el Derecho Internacional humanitario. Por este motivo, el Consejo adoptó la Resolución 1738 (2006), de 23 de diciembre de 2006, sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, que reafirmaba sus resoluciones 1265 (1999), 1296 (2000) y 1674 (2006), sobre el mismo tema. Cabe recordar en particular, el artículo 79 del Protocolo Adicional I, que se refiere a la protección de los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado.

Destacaba, así, que el derecho internacional humanitario prohíbe los ataques intencionados contra civiles que, en situaciones de conflicto armado, constituyen crímenes de guerra, y recordaba la necesidad de que los estados pongan fin a la impunidad de esos actos criminales, ya que tienen la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, infracciones graves de dichos convenios, de hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad, o de entregarlas para que sean juzgadas por otro estado interesado, si este ha formulado contra ellas cargos suficientes. De esta importante resolución destacan, entre otros, los siguientes párrafos:

1. *Condena* los ataques intencionados contra periodistas, profesionales de los medios de comunicación y su personal asociado, como tales, en situaciones de conflicto armado y exhorta a todas las partes a que pongan fin a esas prácticas;  
[...]

9. *Recuerda* que los ataques dirigidos deliberadamente contra civiles y otras personas protegidas y la comisión de violaciones sistemáticas, flagrantes y generalizadas del Derecho Internacional humanitario y las normas de derechos humanos en situaciones de conflicto armado pueden constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, y *reafirma a este respecto que está dispuesto* a examinar esas situaciones y, cuando sea necesario, adoptar las medidas oportunas;

10. *Invita* a los Estados que aún no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de pasar lo antes posible a ser partes en los Protocolos adicionales I y II de los Convenios de Ginebra, de 1977 [...] <sup>183</sup>.

La íntima relación entre la labor de los periodistas y el progresivamente proclamado derecho a la verdad se vieron reforzados con la adopción de la Resolución 2005/66, de 10 de marzo de 2005, sobre los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, por parte de la Comisión de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas. Dicha resolución reconocía la importancia de respetar y asegurar dicho derecho a la verdad como una contribución al fin de la impunidad y promover el proyecto de los derechos humanos exponiendo lo siguiente: “The right under international humanitarian law of families to know the fate of their relatives is recognized by Articles 32 and 33 of the 1977 Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949, as well as obligations incumbent on parties to armed conflicts to search for persons who have been reported missing”.

Este derecho a la verdad está íntimamente relacionado con el acceso a la justicia y a una reparación justa y apropiada. Como establecen los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones:

#### VII. Derecho de las víctimas a disponer de recursos

11. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del Derecho Internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el Derecho Internacional:

- a) Acceso igual y efectivo a la justicia;
- b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido;
- c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación <sup>184</sup>.

La realización de una investigación imparcial y contrastada de los hechos es la base esencial de este derecho y forma parte incluso de la protección del derecho a la vida, como se desprende claramente de la jurisprudencia del TEDH; así quedó establecido en el asunto de Bazorkina contra Rusia: “The obligation to protect the right to life under Article 2 [del TEDH] [...], also requires by implication that there should be some form of

<sup>183</sup> Cfr. cs de las Naciones Unidas (2006): “Resolución 1738 (2006), de 23 de diciembre de 2006, sobre la protección de los civiles en los conflictos armados”.

<sup>184</sup> Cfr. AG de las Naciones Unidas (2005): “Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, sobre los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” [en línea en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/45/PDF/N0549645.pdf?OpenElement>, citado 27 may 12].

effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force”<sup>185</sup>.

## IV. Responsabilidad

Resulta sorprendente la desproporción entre el número de trabajos que condenan la invasión y ocupación de Iraq en la doctrina científica a escala mundial y el de aquellos, escasísimos, que se ocupan de la responsabilidad internacional por los hechos ilícitos producidos. Está claro que el cierre del ordenamiento jurídico —su complejidad— y su propia naturaleza normativa exige que se examinen, aunque sea a título exploratorio, las consecuencias jurídicas de dichos ilícitos, así como las modalidades de reparación debidas a las numerosísimas víctimas. Después de Vietnam, Grenada, Panamá, etc. solo la exigencia de la responsabilidad internacional puede evitar que se repita una agresión con pretextos falsos y jurídicamente infundados.

### I. Las víctimas

El impacto del conflicto en materia de derechos humanos ha sido formidable. Como señala Clemente Sampietro<sup>186</sup>, el análisis de seis fuentes fiables —que presentan enormes divergencias en los datos que aportan— conduce a la percepción de la desinformación existente sobre la cantidad exacta de víctimas. Un análisis pormenorizado de sus métodos de trabajo de campo ayuda a comprender las discrepancias cuantitativas. Icasualties, el Gobierno iraquí junto a la Organización Mundial de la Salud (OMS), Iraq Body Count, el instituto británico Opinion Research Business, la revista médica *The Lancet* y el vicepresidente del Gobierno de Saddam Hussein, Izzat Ibrahim al Duri, presentan oscilaciones de entre 80 000 y 1 300 000 muertos, para una estimación rigurosa que no bajaría del millón de víctimas.

Actualmente, según el profesor Thabit A. J. Abdullah, hay 1 500 000 personas inválidas en Iraq<sup>187</sup>. El número de heridos no se ha podido contrastar. Además, el CICR calcula que desde la guerra entre Irán e Iraq han desaparecido entre 375 000 y 1 000 000 de personas. Desde el 2003, existen indicios de esta realidad al haberse localizado fosas comunes y cementerios informales<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> Cfr. TEDH (2006): “Case concerning Bazorkina v. Russia. Judgement, 27 July 2006”, Judgements, advisory opinions and published decisions.

<sup>186</sup> Véase el capítulo de la presente obra, escrito por Jaime Clemente Sampietro y titulado “Las víctimas del conflicto iraquí”. En este se ofrece una estimación propia de los afectados, basada en proporciones habituales en los recientes conflictos armados, de 938 772, sin contar los contratistas, sobre una población censada en 2003 de 24 001 816 personas.

<sup>187</sup> Cfr. Abdullah, 2008: 125. El autor no especifica desde que fecha se ha producido esta cifra que aporta.

<sup>188</sup> Según el CICR “algunas fuentes han informado que, desde 2003, 4 000 cuerpos fueron enterrados en cementerios especiales en Nayaf y Kerbala” (El artículo completo de 2007 “Las personas desaparecidas en Iraq: una dura realidad”, se puede consultar en línea en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/feature/iraq-feature-290807.htm> [citado 27 may 12]).

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), ha estimado que más de 4 200 000 (en ciertos momentos, 4 500 000) iraquíes han tenido que abandonar sus hogares: 2 000 000 han solicitado protección en los países vecinos y otros 2 200 000 están desplazados en el interior de Iraq<sup>189</sup>. El CICR lo expresaba con estas palabras el 17 de marzo de 2008: “miles de personas han quedado separadas de sus familiares, han perdido a la persona que velaba por su sustento, tienen a parientes enfermos, heridos o detenidos y algunos han tenido que huir a otras regiones o al extranjero. Muchas vidas se han visto truncadas. Las personas que no se han marchado son cada día más vulnerables, y a duras penas ganan para vivir. Las mujeres son las que se llevan la peor parte”.

Pero el impacto sobre los derechos económicos, sociales, culturales fue probablemente mayor. Por ello, cabe preguntarse ¿cuál era la situación de la educación en Iraq? y ¿en qué estado se encuentra la infraestructura sanitaria? Basta con decir que los índices de desempleo habían llegado al 60%, que Bagdad tenía menos de ocho horas de electricidad al día y que el 70% de los iraquíes carecían de agua potable. Son efectos más devastadores que los de un *tsunami*; la única diferencia es que este había sido provocado desde un despacho. Según un artículo publicado por la Cruz Roja en 2008<sup>190</sup>,

Para un país que ostentaba el mejor sistema de salud de la región, la situación sanitaria actual es desesperante, pese a que el presupuesto se multiplicó por 60 entre 2002 y 2005. Enfermedades que habían desaparecido desde hace mucho tiempo, como la tuberculosis y el cólera, han hecho su reaparición y la drogadicción está en aumento. La malnutrición infantil crónica ronda el 20% y solo el 70-80% de la población tiene acceso al agua potable y a las distribuciones generales de alimentos. Estas cifras no tienen nada de sorprendente cuando se sabe que solo el 40% de la población tiene empleo y más del 30% vive justo en el nivel de pobreza o por debajo de él.

La inseguridad y una campaña deliberada de intimidación, secuestros y matanzas contra los médicos, el personal docente y otros profesionales han dado lugar a una fuga masiva de cerebros. La mano de obra en el sector médico ha descendido un 50%. Según diversos informes, hasta 3.500 profesores han sido secuestrados, asesinados o desplazados, y sus asistentes han tenido que hacerse cargo de sus tareas docentes. Entre los estudiantes, las matrículas y la asistencia han acusado un fuerte descenso, y las mujeres representan cerca del 70% de los que han dejado sus estudios”.

Como señala el informe, incluso las cifras más optimistas muestran un déficit anual del 46% en la electricidad generada, lo que significa que Bagdad no tenía más de dos horas de suministro eléctrico al día<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Estos datos aparecen en el artículo del ACNUR titulado “Angelina Jolie destaca el enorme sufrimiento humano en su visita a Iraq y Siria” que se puede consultar en línea en <http://www.acnur.org/iraq/index.php?accion=noticia&id=6758> [citado 27 may 12].

<sup>190</sup> Al-Samaraie, 2008.

<sup>191</sup> La restricción de electricidad a no más de 10 A, ha obligado a las familias a adoptar prácticas alternativas y a reducir su nivel de vida. Algunas familias, para completar el suministro nacional, compran electricidad a las empresas privadas a un costo de unos cien dólares estadounidenses por semana, lo que es un verdadero lujo para la mayoría de las familias iraquíes.

El desplazamiento de un quinto de la población iraquí, sea en el interior o fuera del país, se considera una de las crisis humanitarias más dramáticas del mundo. Las condiciones de vida para quienes buscan refugio en el extranjero son difíciles, ya que pocas personas entienden lo que les sucede y están cada vez más sumidos en la desesperación. Es más, la asistencia que les brinda la comunidad internacional y los países de acogida no cubre sus necesidades básicas. Carecen de un acceso adecuado a los servicios de salud y a educación y sus ahorros se están agotando. Están olvidando sus aptitudes y calificaciones, o en el mejor de los casos, las utilizan parcialmente, mientras que en Iraq es palmaria la falta de profesionales. Los desplazados internos sobreviven a duras penas: tienen un acceso limitado o no tienen acceso al agua potable, la electricidad, los alimentos, la asistencia sanitaria, la educación y otros servicios básicos. La incertidumbre diaria hace estragos en la población tanto física como mentalmente.

## 2. El principio de responsabilidad

La responsabilidad internacional es la institución que ha establecido un límite jurídico a cualquier concepción absoluta de la soberanía estatal, cerrando el desarrollo de un ordenamiento jurídico en el que “todo sujeto de Derecho es responsable de los daños causados por su culpa”<sup>192</sup>.

La lógica de la institución queda desvelada por el genio jurídico de Huber: “1. *La responsabilidad es corolario necesario del derecho*. [...] La responsabilidad comporta como consecuencia la obligación de acordar una reparación en el supuesto que la obligación no haya sido cumplida”<sup>193</sup>.

El carácter normativo del Derecho Internacional impone la existencia de un régimen jurídico que regule los comportamientos que no se ajusten a sus principios y normas vigentes. Como escribía el profesor Franck, citando a Wittgenstein: “el curso de la acción no puede ser determinado por una regla porque cualquier curso de acción puede desarrollarse al margen de la regla”<sup>194</sup>. Sin embargo, el ordenamiento establece un segundo estrato normativo determinando las consecuencias de su incumplimiento. En efecto, como afirmó la CPIJ:

el Tribunal constata que es un principio del Derecho Internacional, e incluso una concepción general del Derecho, que toda violación de una obligación comporta la obligación de reparar. En su sentencia n.º 8, cuando decidió sobre la competencia que resultaba del artículo 23 de la Convención de Ginebra, el Tribunal estableció que la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de un tratado sin que sea necesario que el propio tratado lo establezca. La existencia del principio que establece la obligación de reparar como un elemento del Derecho Internacional positivo, no ha sido, por otra parte,

---

<sup>192</sup> CPIJ (1926): “Case concerning certain german interests in polish Upper Silesia. Judgement”, Publications of the Permanent Court of Justice: Collection of judgements, serie A, n.º 7: 30.

<sup>193</sup> Doc. cit. Naciones Unidas (2006): “Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni), 1 Mai 1925”, Recueil des sentences arbitrales, vol. II: 640-646 [en línea en [http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_II/615-742.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_II/615-742.pdf), citado 17 may 12].

<sup>194</sup> Franck, 1988: 715.

rebatida en el curso de los procedimientos en los diversos casos relativos a la fábrica de Chorzow<sup>195</sup>.

Este concepto general ha sido ampliamente desarrollado y adecuado en un enorme esfuerzo realizado para codificar el derecho de la responsabilidad internacional que ha sido llevado a cabo en las últimas décadas, concretamente desde 1948. En efecto, el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos elaborado por la CDI ha supuesto una nueva conceptualización de la responsabilidad en el Derecho Internacional contemporáneo<sup>196</sup>.

La atribución o imputación permite establecer consecuencias jurídicas a comportamientos hipotéticos de los sujetos. Supone una resistencia de la realidad —la conducta ilícita— a la norma social establecida por el ordenamiento jurídico. También es el correlativo del carácter vinculante de las normas jurídicas y, por lo tanto, de las obligaciones contraídas por los sujetos del ordenamiento.

En el ámbito que nos ocupa, la alegación de circunstancias que, con carácter general, exoneran de la responsabilidad internacional —si bien no es imposible en el ámbito del Derecho Internacional humanitario—, queda reducida al mínimo, puesto que se trata de un conjunto de normas esenciales, ante la vulneración de las cuales no cabe invocar circunstancias como el estado de necesidad. Así lo afirmó el relator especial de la CDI y posterior presidente de la CIJ, Ago: “the rules of the international law of war are already reduced to essentials and that some of them, it seems to us, are surely rules of *jus cogens*, so that any “plea of necessity” is entirely ruled out as a ground for failure to comply with them”<sup>197</sup>.

La responsabilidad del Estado se ve comprometida cuando se menoscaban los derechos de un individuo a través de la conducta activa o pasiva de sus agentes; cuando el Estado se niega a ejercer las acciones pertinentes en cuanto a la investigación de los hechos, a juzgar y a sancionar a los responsables y a facilitar la reparación; o cuando se obstruye el funcionamiento de la justicia. Así, la transgresión o incumplimiento por parte del Estado de este deber de garantía compromete su responsabilidad internacional. Este principio se estableció tempranamente en el Derecho Internacional, y uno de los primeros precedentes jurisprudenciales al respecto lo proporcionó el laudo arbitral pronunciado el 1 de mayo de 1925 por Huber en el caso del asunto sobre las reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos:

---

<sup>195</sup> CPJ (1928): “Case concerning the factory of Chorzow. Judgement, 13 september 1926”, Publications of the Permanent Court of Justice: Collection of judgements, serie A, n.º 17: 27-29.

<sup>196</sup> Pellet, 1996: 10 y 32.

<sup>197</sup> Ago, 1980. El autor indicaba además: “Several of the military manuals issued since the Second World War state that, in humanitarian law conventions, any exception on grounds of “military necessity” applies only with respect to the provisions in which it is expressly sanctioned. See, for example, United States of America, Department of the Army, *The Law of Land Warfare* (Field Manual, FM 27-10) (Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1956); and United Kingdom, the War Office, *The Law of War on Land, being Part III of the Manual of Military Law* (London, H.M. Stationery Office, 1958). Where judicial practice is concerned, the war crimes tribunals rejected the argument of military necessity in the case of atrocities committed against wounded, prisoners, and so on. See in this connection the cases cited by Dunbar, *loc. cit.*, pp. 446-449, and by Sereni, *op. cit.*, vol. IV, pp. 1936 *et seq.*”.

5. [...]

Cela dit, il faut également reconnaître que l'État doit être considéré comme tenu à exercer une vigilance d'un ordre supérieur en vue de prévenir les délits commis, en violation de la discipline et de la loi militaires, par des personnes appartenant à l'armée. L'exigence de cette vigilance qualifiée n'est que le complément des pouvoirs du commandement et de la discipline de la hiérarchie militaire.

6. Enfin, la responsabilité de l'État peut être engagée dans les situations en question, non seulement par un manque de vigilance dans la prévention des actes dommageables, mais aussi par un manque de diligence dans la poursuite pénale des auteurs, ainsi que dans l'application des sanctions civiles voulues. Il n'est pas nécessaire de définir ici les principes régissant la responsabilité internationale pour déni de justice.

[...]

[...] Il est admis que d'une manière générale la répression des délits est non seulement une obligation légale des autorités compétentes, mais aussi, pour autant que des étrangers en sont les victimes, un devoir international de l'État<sup>198</sup>.

Por ello, la obligación de reparar no solo deriva de la comisión de ilícitos a través de una conducta activa, sino que el hecho ilícito también se produce por la omisión de cumplimentar determinados deberes que exigen una conducta activa. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) ha recordado las obligaciones que incumben a los estados en materia de prevención, investigación y persecución de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Así, en la Resolución 2001/22, de 16 de agosto de 2001, sobre la cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, declaraba:

3. [...]

Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas *prima facie* de culpabilidad en la comisión de tales crímenes *serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas* [cursiva del autor].

[...]

Los Estados se prestarán mutua ayuda a los efectos de la *búsqueda, detención y enjuiciamiento de las personas contra las que existan pruebas prima facie* [cursiva del autor] de haber cometido tales crímenes, y, en caso de ser estas declaradas culpables, de su castigo.

Las personas contra las que existan pruebas *prima facie* de haber cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas ante un tribunal independiente e imparcial y conforme a las debidas garantías procesales y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes. A este respecto, los Estados cooperarán entre sí en todo lo relativo a la *extradición* [cursiva del autor] de esas personas.

---

<sup>198</sup> Doc. cit. Naciones Unidas (2006): "Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni), 1 Mai 1925", Recueil des sentences arbitrales, vol. II: 645-646. [en línea en [http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_II/615-742.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_II/615-742.pdf), citado 17 may 12].



[...]

4. [...] los Estados tienen la obligación de cooperar en la extradición, enjuiciamiento y castigo de las personas declaradas culpables de haber cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los ex Jefes de Estado o de Gobierno, teniendo en cuenta los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y las normas del Derecho Internacional universalmente reconocidas [...] <sup>199</sup>.

Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, al mantener la impunidad de las violaciones de los derechos humanos, el Estado viola sus obligaciones internacionales y compromete su responsabilidad jurídica<sup>200</sup>. La obligación de llevar ante la justicia y castigar a los autores de violaciones masivas de los derechos humanos como expresión del deber de garantía, se deriva de la fuerza jurídica tanto del artículo 2 del PIDCP como del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado lo siguiente: "El Estado tiene el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de derechos humanos y de utilizar los medios a su disposición para llevar a cabo una investigación seria de las violaciones cometidas dentro de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación"<sup>201</sup>.

En varias de sus sentencias, esta corte ha especificado, además, que los estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen la obligación internacional de enjuiciar y castigar a los responsables de violaciones de derechos humanos<sup>202</sup>. En el mismo sentido, es decir, en contra de la impunidad, se ha pronunciado reiteradamente el Comité de los Derechos Humanos:

8.8 Por último, el Comité ha mantenido reiteradamente que el Pacto no prevé que los particulares tengan derecho a reclamar que el Estado enjuicie penalmente a otra persona. Véanse los dictámenes adoptados en los casos Nos. 213/1986 (H.C.M.A.c. los Países Bajos), el 30 de marzo de 1989, párr. 11.6; N° 275/1988 (S.E. c, Argentina), el 26

<sup>199</sup> Cfr. ECOSOC (2001): "Resolución 2001/22, de 16 de agosto de 2001, sobre la cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad".

<sup>200</sup> Katshung, 2004.

<sup>201</sup> Cfr. Corte IDH (1988): "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia, 29 de julio de 1988", serie C: resoluciones y sentencias; Corte IDH (1989): "Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Sentencia, 20 de enero de 1989", serie c: resoluciones y sentencias.

<sup>202</sup> Cfr. Corte IDH (1989): "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Indemnización Compensatoria" (artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie c: resoluciones y sentencias, n.º 7; Corte IDH (1989): "Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Indemnización Compensatoria" (artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie c: resoluciones y sentencias, n.º 8; Corte IDH (1995): "Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia, 8 de diciembre de 1995", serie c: resoluciones y sentencias, n.º 22; Corte IDH (1996): "Caso El Amparo vs. Venezuela. Sentencia, 14 de septiembre de 1996" (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie c: resoluciones y sentencias, n.º 28; Corte IDH (1997): "Caso Castillo Páez vs. Perú. Sentencia, 3 de noviembre de 1997", serie c: resoluciones y sentencias, n.º 34; Corte IDH (1997): "Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia, 12 noviembre de 1997", serie c: resoluciones y sentencias, n.º 35; Corte IDH (1998): "Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia, 24 de enero de 1998", serie c: resoluciones y sentencias, n.º 36.



de marzo de 1990, párr.5.5; Nos. 343 a 345/1988, (R.A., V.N. y otros c. Argentina), el 26 de marzo de 1990, párr 5.5/ No obstante, el Comité estima que el Estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones. Este deber es aplicable a *fortiori* en los casos en que los autores de esas violaciones han sido identificados<sup>203</sup>.

### 3. La responsabilidad internacional de Estados Unidos y Reino Unido

En este marco genérico procede determinar, en primer lugar, la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos y, más concretamente, la de Estados Unidos y Reino Unido<sup>204</sup> respecto del Estado agredido: Iraq, puesto que las responsabilidades individuales que pudieran determinarse no interferirían en la relación Estado a Estado. En efecto, el artículo 25 del Estatuto de Roma de la CPI establece, en su párrafo 4: “nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional”<sup>205</sup>.

Al margen de la responsabilidad individual, como ha afirmado Sassòli, para que caigan bajo las normas interestatales que pertenecen al estrato tradicional del Derecho Internacional, las violaciones deben consistir en comportamientos atribuibles a un Estado. En caso contrario, esas violaciones pueden dar lugar a que se exija una responsabilidad penal individual.

La primera cuestión que se plantea en este contexto es si un Estado es responsable del comportamiento de los miembros de sus fuerzas armadas. En el artículo 7 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de la CDI, se estipula que: “El comportamiento de un órgano del Estado [...] se considerará hecho del Estado según el Derecho Internacional si tal órgano, persona [...] actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones”.

Se trata, pues, de un principio ampliamente reconocido por el Derecho Internacional, puesto que, como afirmó el árbitro Gil de Uríbarri, designado por la Convención italooperuana de 25 de noviembre de 1899, que estableció el tribunal arbitral en el asunto de las reclamaciones de súbditos italianos residentes en Perú (1901), “Un

---

<sup>203</sup> Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1997): Decisión de 29 Julio de 1997, Comunicación n.º 612/1995 [en línea en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.60.D.612.1995.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.60.D.612.1995.Sp?Opendocument), citado 27 may 12].

<sup>204</sup> Los principales aliados de Estados Unidos y Reino Unido en la guerra fueron Australia, España, Italia, Japón, Polonia y Portugal. Los sitios oficiales del gobierno estadounidense indican una cifra de 49 Estados, sin distinciones.

<sup>205</sup> Cfr. CPI (1998): “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una CPI, del 15 de junio al 17 de julio de 1998.

principio de Derecho Internacional reconocido universalmente dice que el Estado es responsable de las violaciones del derecho de gentes cometidas por sus agentes<sup>206</sup>.

Estas son las premisas que establece el Derecho Internacional humanitario. Según el artículo 3 del cuarto Convenio de La Haya, de 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, el reglamento anexo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y el artículo 91 del Protocolo Adicional i a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, una parte en conflicto “será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas”.

Queda claro que las tres disposiciones mencionadas abarcan hechos contrarios a las órdenes o instrucciones recibidas. La responsabilidad absoluta por tales actos, según Sassòli, está justificada por el hecho de que los soldados forman parte de una categoría particular de órganos del Estado, sobre la cual este ejerce un control más estricto que sobre otros funcionarios. De este modo, quienes no quieren tener en cuenta que el artículo 3 del cuarto Convenio de La Haya es una *lex specialis* relacionada con el artículo 7 del proyecto pueden considerar que, al menos en tiempo de guerra y en relación con hechos regidos por el Derecho Internacional humanitario, los miembros de las fuerzas armadas siempre están en servicio y nunca actúan en calidad de personas meramente privadas. Como personas privadas, nunca habrían entrado en contacto con ciudadanos enemigos ni habrían actuado en territorio enemigo<sup>207</sup>.

No obstante, el uso de la fuerza en Iraq comportó un escenario de destrucción difícil de describir:

The acts in question are the use of military force leading to the destruction of infrastructure and to the disappearance of effective state authority and the omission to replace the authority and to subsequently re-install public order. The use of large-scale military force is not continuing. What is continuing, however, is the presence of the Coalition forces and the replacement of the pre-existing, effective Iraqi state administration with those forces. But withdrawing military forces would lead to greater anarchy and insecurity instead of the recreation of an effective Iraqi state administration and thus is not viable<sup>208</sup>.

Pero, un Estado no solo es responsable de los hechos cometidos por sus fuerzas armadas, sino también de los perpetrados por aquellas fuerzas que se hallan, en última instancia, bajo su autoridad, como las fuerzas militares o de seguridad iraquíes durante la ocupación. Se trata del principio formulado por Huber en el asunto sobre las reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos (1925) que reza: “en un protectorado, el protector es responsable de los delitos cometidos por el protegido”<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> Cfr. Naciones Unidas (1901): “Affaire des Réclamations des sujets italiens résidant au Pérou. 30 septembre 1901” Recueil des sentences arbitrales, vol. xv: 399, 401, 404, 407, 408, 409, y 411.

<sup>207</sup> Sassòli, 2002.

<sup>208</sup> *Op. cit.* Kunzmann, 2003: 726

<sup>209</sup> *Doc. cit.* Naciones Unidas (2006): “Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni), 1 Mai 1925”, Recueil des sentences arbitrales, vol. ii: 648. [en línea en [http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_II/615-742.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_II/615-742.pdf), citado 17 may 12]. También en este documento se realiza la siguiente aclaración: “Si le protectorat supprime les rapports diplomatiques directs entre le protégé et les autres États,

La jurisprudencia internacional ha determinado, sin lugar a dudas, que la responsabilidad se proyecta en igual medida sobre todos los estados, desde el momento en que les es atribuible un hecho ilícito. En el asunto de la *Armstrong Cork Company*, la Comisión de Conciliación Italoamericana determinó que ningún Estado “puede escapar a la responsabilidad que nace del ejercicio de una acción ilícita desde el punto de vista de los principios generales del Derecho Internacional”<sup>210</sup>.

La responsabilidad internacional del Estado abarca distintas clases de obligaciones derivadas de los hechos ilícitos cometidos en el marco de un conflicto internacional. Junto a la prevención, está firmemente establecida la obligación de los Estados de perseguir y enjuiciar a las personas presuntamente responsables de crímenes de guerra. Sin embargo, en el caso de Estados Unidos y el conflicto de Iraq, como señalaba *The Washington Post*, contra toda evidencia presentada por las organizaciones humanitarias y los medios de comunicación internacionales, esta obligación ha sido completamente descuidada por Estados Unidos:

The majority of U.S. service members charged in the unlawful deaths of Iraqi civilians have been acquitted, found guilty of relatively minor offenses or given administrative punishments without trials, according to a Washington Post review of concluded military cases. Charges against some of the troops were dropped completely. Though experts estimate that thousands of Iraqi civilians have died at the hands of U.S. forces, only 39 service members were formally accused in connection with the deaths of 20 Iraqis from 2003 to early this year. Twenty-six of the 39 troops were initially charged with murder, negligent homicide or manslaughter; 12 of them ultimately served prison time for any offense<sup>211</sup>.

Cabe destacar también, que la reparación debida al estado iraquí por parte de Estados Unidos y los otros miembros de la coalición, a tenor del principio recogido en el artículo 31 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, no puede ser sufragada con bienes o ingresos de origen iraquí:

It is implicit that reparation may not be paid for with money seized from Saddam Hussein or the State of Iraq during or after the war or resulting from the sale of Iraqi petrol, but has to be financed by the states internationally responsible, because the obligation to full reparation lies with them, not on the injured state Iraq. The Development Fund, which the sc established by paragraphs 12 to 14 of Resolution 1483 (2003) on 22 May 2003, therefore would have to be endowed with capital from the responsible states<sup>212</sup>.

El artículo 47 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos hace referencia a una situación en la que se da

---

de sorte que ceux-ci ne peuvent plus s'adresser directement au protégé, il est nécessaire qu'à cette limitation imposée aux États tiers, corresponde le devoir du protecteur de répondre au lieu et place du protégé”.

<sup>210</sup> González Campos, Sánchez Rodríguez, Andrés Sáenz de Santamaría, 1990: 280.

<sup>211</sup> Lane, White, Tate, 2006.

<sup>212</sup> *Op. cit.* Kunzmann, 2003: 731.

una pluralidad de Estados responsables en relación con el mismo hecho ilícito. Dicha disposición establece el principio general de que, en tales casos, cada Estado es separadamente responsable de su conducta y de la responsabilidad que le sea imputable, y que esta no se ve disminuida o reducida por el hecho de que uno o más Estados sean también responsable por el mismo hecho.

En el caso de Estados Unidos y Reino Unido, la intención de asumir la responsabilidad de la ocupación se deduce de su carta conjunta al presidente del CS, de 8 de mayo de 2003, en la que informaron a la comunidad internacional de que, “actuando bajo el mando existente y los acuerdos de control a través del Comando de las Fuerzas de la Coalición, habían creado la Autoridad Provisional de la Coalición” y de que estaban trabajando a través de dicha autoridad<sup>213</sup>. Sin embargo, como ha señalado Talmon, este factor tampoco altera la responsabilidad de cada uno de los Estados:

The doctrine of joint responsibility, however, is not required to explain the full responsibility of each occupying power. [...], both the United States and the United Kingdom are concurrently responsible for the internationally wrongful acts of the CPA. Article 31 of the ILC (International Law Commission) Articles on State Responsibility provides that the ‘responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act’. In its commentary on this provision the ILC makes it clear that State practice and the decisions of international tribunals do not support the reduction or attenuation of reparation for concurrent causes. The responsibility of a State is not affected vis-à-vis the injured State by the consideration that another State is concurrently responsible. This is also expressly spelled out in the commentary on Article 47, where the ILC states that in the case of a plurality of responsible States ‘responsibility is not diminished or reduced by the fact that one or more other States are also responsible for the same act’<sup>214</sup>. The only limitation Article 47 imposes is that the injured State must not recover, by way of compensation, more than the damage it has suffered. Each occupant is thus responsible for all the damage caused by the CPA<sup>215</sup>.

Las normas vigentes del derecho internacional humanitario establecen claramente las consecuencias de la responsabilidad de los Estados por su incumplimiento. Así, el artículo 3 de la Convención relacionada con las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 18 de octubre de 1907 determina que “la parte beligerante que viole las disposiciones de dicho reglamento [anexo a la convención] estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada”.

La práctica de torturas en el sector iraquí bajo control británico ha sido analizada por la doctrina y ha sido objeto de decisiones judiciales en Reino Unido, así como de demandas ante el TEDH. En multitud de casos, dichas prácticas criminales no fueron atribuidas directamente a las fuerzas británicas, sino a las fuerzas de seguridad ira-

<sup>213</sup> Cfr. Congreso de Seguridad de las Naciones Unidas (2003): “Carta de fecha 8 de mayo de 2003 dirigida al presidente del Consejo de Seguridad por los representantes permanentes de los Estados Unidos de América y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ante las Naciones Unidas”.

<sup>214</sup> Cfr. CDI (2001): “Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53.º período de sesiones”, AG: documentos oficiales (páginas 229-230 y 314).

<sup>215</sup> Talmon, 2008.

quies. Pero incluso en estos casos, la apatía y la dejadez de las autoridades británicas es susceptible de generar su responsabilidad. En opinión de Carayon, “the prohibition of torture extends to both direct and indirect measures. This means that even if the UK soldiers in Iraq do not actively take part in acts of torture by the Iraqi forces, indirect involvement or a lack of action could still engage their responsibility. Indeed, an international wrongful act can consist in actions but also in omissions (positive obligation)”<sup>216</sup>.

Respecto a la responsabilidad de la APC —no debe olvidarse que en el derecho interno de los Estados Unidos era una agencia gubernamental—, Talmon la ha abordado de manera minuciosa:

A right of indemnification may be established on the basis of the law of agency. The existence of agency relationships under international law is well recognized. [...], the CPA was a US State organ that acted on behalf of both the United States and the United Kingdom. Thus there existed an agency relationship between the United States and the United Kingdom: the United States was acting as an agent of the United Kingdom and, at the same time, on its own behalf. The agency relationship works both ways. Where the agent has acted without the authority of the principal or the agency relationship is limited in any other way, but the principal is nevertheless bound because the agent had apparent authority, the agent is liable to indemnify the principal for any resulting loss. [...] However, the United Kingdom may have limited that authority in its internal relationship with the United States, for example, to acts in conformity with its obligations under international law. In the case that the internationally wrongful act is a result of the CPA acting *ultra vires*, the United States is under an obligation to indemnify the United Kingdom for any payments it made to an injured State. Where the CPA was acting *intra vires*, the United States must pay the United Kingdom half the compensation paid to an injured State as the CPA was also acting on behalf of the United States. On the other hand, if the agent has acted within the scope of the actual authority given, the principal must indemnify the agent for any payments made as a result of the agency relationship. Where the CPA acted within the broad policy guidelines agreed between the United States and the United Kingdom, the latter is under an obligation to reimburse the United States for compensation payments made to an injured State. The right to reimbursement is, however, limited to a fifty per cent share of the compensation payment as the CPA was also acting on behalf of the United States<sup>217</sup>.

#### **4. La responsabilidad internacional de los otros Estados participantes en la coalición**

El artículo 2, párrafo 5 de la CNU establece la obligación de los Estados miembros de asistir a la organización. Esta disposición se invocó en tres resoluciones aprobadas por la AG y relativas a la cuestión de Rodesia del Sur. En la Resolución 31/154/B, de 20 de diciembre de 1976, sobre la cuestión de Rodesia del Sur, la AG condenó a los Gobiernos, en particular al de Sudáfrica, que, en abierta contravención de sus obliga-

---

<sup>216</sup> Carayon, 2007: 7.

<sup>217</sup> Talmon, 2008.

ciones concretas en virtud de este párrafo 5 del artículo 2, seguían colaborando con el régimen ilegal de la minoría racista<sup>218</sup>.

Esta y otras obligaciones genéricas —las más importantes de las cuales, sin duda, vienen determinadas por el artículo 2, párrafo 4 de la CNU— adquieren un grado de concreción insoslayable en todas las ramas del Derecho Internacional, puesto que afectan a obligaciones *erga omnes* que influyen sobre intereses esenciales de la comunidad internacional. Por ello, los múltiples instrumentos jurídicos aplicables han ido contando con un creciente grado de aplicación.

En este sentido, la jurisprudencia alemana ha ilustrado los cauces por los que debería discurrir la exigencia de responsabilidades jurídicas de los Estados que cooperaron en la comisión de los hechos ilícitos vinculados a la guerra contra el Terror en general, y la invasión y ocupación de Iraq, en particular. La sentencia de 21 de junio de 2005 del Tribunal Administrativo Federal de Alemania (en alemán, Bundesverwaltungsgericht [BVerwG]), no solo condenó la violación de las obligaciones derivadas por el principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza. Además, aplicó el artículo 16 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, adoptada por la CDI en su 53.º período de sesiones el 26 de julio de 2001 y que establece:

Artículo 16. *Ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito*

El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

- a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y
- b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.

El resultado, como señala Schultz, conduce a la conclusión de que Alemania, al colaborar activamente con la coalición, cometió un hecho ilícito internacional violando, entre otras, las obligaciones derivadas del principio de prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza:

The BVerwG then applied this test to the conduct of Germany with respect to the war on Iraq. The Court held that Germany failed to take positive actions against the use of its territory in connection with the war in Iraq as required by Art. 2.4 of the Charter, Art. 5 V. HC and other applicable rules of international law. According to the BVerwG, granting US and UK military aircraft fly-over-rights, allowing them to dispatch troops, to transport weapons and military supply, and generally facilitating and even supporting combat operations in Iraq, gives rise to grave concerns in light of public international law<sup>219</sup>.

La naturaleza de la responsabilidad internacional en que incurre un Estado que presta asistencia para que otro Estado cometa un hecho ilícito, forma parte del esfuer-

<sup>218</sup> La información completa sobre el artículo 1 el artículo 2 de la CNU, se puede consultar en línea en [http://untreaty.un.org/cod/repertory/art1/spanish/rep\\_supp5\\_vol1-art1\\_s.pdf](http://untreaty.un.org/cod/repertory/art1/spanish/rep_supp5_vol1-art1_s.pdf) [citado 27 may 12].

<sup>219</sup> Schultz, 2005.

zo codificador. El comentario de la CDI al artículo 16 del mencionado proyecto señala lo siguiente:

(1) Article 16 deals with the situation where one State provides aid or assistance to another with a view to facilitating the commission of an internationally wrongful act by the latter. Such situations arise where a State voluntarily assists or aids another State in carrying out conduct which violates the international obligations of the latter, for example, by knowingly providing an essential facility or financing the activity in question. Other examples include providing means for the closing of an international waterway, facilitating the abduction of persons on foreign soil, or assisting in the destruction of property belonging to nationals of a third country. The State primarily responsible in each case is the acting State, and the assisting State has only a supporting role. Hence the use of the term “by the latter” in the *chapeau* to article 16, which distinguishes the situation of aid or assistance from that of co-perpetrators or co-participants in an internationally wrongful act. Under article 16, aid or assistance by the assisting State is not to be confused with the responsibility of the acting State. In such a case, the assisting State will only be responsible to the extent that its own conduct has caused or contributed to the internationally wrongful act. Thus, in cases where that internationally wrongful act would clearly have occurred in any event, the responsibility of the assisting State will not extend to compensating for the act itself<sup>220</sup>.

En efecto, el artículo 16 del proyecto, estipula la responsabilidad de un Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión de una violación del Derecho Internacional, en el caso de que el Estado que presta ayuda esté obligado por la norma correspondiente y actúe conociendo las circunstancias de la violación. La CDI aclara que un Estado que asiste a otro Estado no debe asumir normalmente el riesgo de que esa ayuda se emplee para cometer hechos internacionalmente ilícitos y que, para que sea ilícita, esa ayuda ha de prestarse con vistas a facilitar la comisión de la violación y ha de facilitarla efectivamente.

Conviene señalar que, a menudo, las violaciones del Derecho Internacional humanitario se cometen con armas proporcionadas por terceros Estados. Siempre que no esté prohibido el uso de esas armas en particular, el Estado que las suministra no es responsable de las infracciones del Derecho Internacional humanitario que cometa el Estado que recibe dichas armas. No obstante, si el Estado proveedor se entera de que el Estado receptor comete violaciones sistemáticas del Derecho Internacional humanitario con ciertas armas, el Estado que presta ayuda debe negarse a realizar más transferencias de esas armas. Este argumento se basa en la obligación especial que tienen los terceros Estados, según el Derecho Internacional humanitario, no solo de no prestar asistencia para la comisión de infracciones, sino también de hacer respetar sus normas. Según Sassòli, “un Estado que presta asistencia sabiendo que esta se emplea para cometer violaciones del derecho no está ciertamente cumpliendo esta obligación específica”<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> Cfr. CDI de las Naciones Unidas (2001): “Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts, with commentaries” [en línea en [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), citado 27 may 12].

<sup>221</sup> *Op. cit.* Sassòli, 2002.



Los argumentos jurídicos para determinar una responsabilidad por parte de Alemania, en gran medida, son aplicables a Estados como España. Es pública la asistencia del Gobierno español en la perpetración de actos ilícitos en el marco de la guerra contra el Terror, especialmente facilitando bases aéreas para la comisión de los mismos, incluidos los secuestros ilícitos de ciudadanos sospechosos (eran los conocidos como “vuelos de la CIA” y sus ‘entregas extraordinarias’ [*extraordinary renditions*])<sup>222</sup>.

Un indicio de lo especificado en el párrafo anterior, lo proporciona el cable filtrado por WikiLeaks que asegura que el Gobierno de España sigue apoyando a Estados Unidos en la guerra de Iraq. Concretamente, en palabras del embajador Aguirre, “las bases de Rota y Morón son centros estratégicos, a medio camino entre los EE. UU. y Afganistán e Iraq. Aviones y buques americanos realizan alrededor de 5 000 vuelos y 250 escalas al año”<sup>223</sup>.

## 5. La responsabilidad de las empresas implicadas en actividades ilícitas

Las víctimas de las conductas ilícitas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, siguiendo Teitelbaum, no son “únicamente los individuos, sino los grupos, las comunidades, los pueblos, la sociedad y el orden socioeconómico entendido como un todo. Eso constituye una diferencia fundamental con el clásico derecho patrimonial”.

En el marco de un seminario sobre las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, la impunidad de sus autores y la necesidad de la prevención, la sanción y la reparación de dichas violaciones (Madrid, 15 y 16 de abril de 1997), Francisco Muñoz Conde explicaba que, en la delincuencia de contenido económico (desde que el criminólogo Sutherland llamó la atención sobre la *white collar criminality* o ‘delincuencia de los poderosos’, cuyos autores pertenecían a menudo a los estratos más altos del poder económico o político), el delito se configuraba como tal con independencia de la persona que lo cometiera, pero los abusos más perjudiciales para el orden económico procedían de los que disponían de algún poder, económico o político, pudiendo afectar a un mayor número de personas.

La personalidad jurídica de las sociedades, fundaciones y otros entramados corporativos utilizados para encubrir actividades ilícitas se ha convertido en un obstáculo frente a los esfuerzos de la justicia por exigir responsabilidades en ciertos delitos económicos y en una causa de impunidad. Por ello, en algunos países se han establecido sanciones penales independientes de las relativas a las personas físicas que actúan en representación de dichas personas jurídicas, consistentes en la aplicación de: suspensiones de actividades o prohibiciones de su ejercicio durante ciertos períodos; sanciones económicas; privaciones de determinados derechos (como el de recibir subvenciones públicas); e incluso, disoluciones de la persona jurídica, implicando la consideración de esta como sujeto de derecho penal. En Francia, Noruega, Holanda

---

<sup>222</sup> Cfr. por ejemplo, Arenas Hidalgo, 2009: 113-130.

<sup>223</sup> Sánchez, 2011.



o Portugal, así como en el derecho anglosajón, que ya contemplaba el concepto de *corporate crime*, se aplica este criterio. El profesor Muñoz Conde indicaba que:

Para impedir la impunidad, el castigo del testaferro o del tecnócrata directivo no agota la necesidad social punitiva, pues esos empleados están ahí para asumir esos riesgos, mientras las empresas multinacionales comprometidas en delitos ecológicos o de corrupción de funcionarios seguían actuando sin obstáculos. En el derecho penal internacional se planteaba desde siempre la responsabilidad de los Estados y varias Resoluciones del Consejo de Europa sobre medio ambiente, sobre criminalidad en los negocios y sobre el papel del derecho penal en la protección de los consumidores aplicaban el criterio de responsabilidad de las personas jurídicas. [...]

En cuanto al sujeto pasivo de estas violaciones, como lo había indicado el Dr. Teitelbaum en su documento de trabajo, no eran únicamente los individuos, sino los grupos, las comunidades, los pueblos, la sociedad y el orden socioeconómico entendido como un todo<sup>224</sup>.

Sin embargo, pese a la necesidad de establecer la responsabilidad jurídica de las empresas que pudieran haber cometido hechos ilícitos, y de los individuos responsables, hay que tener en cuenta que, en ningún caso liberan al Estado que les contrató de su propia responsabilidad internacional. A continuación se expone este hecho:

el aporte del fallo de 1999 en el caso *Tadic*, es a la vez más significativo y menos obvio de lo que parece a simple vista. En ese caso, el TPIY dictamina que un Estado viola sus obligaciones en virtud del Derecho Internacional humanitario no solo cuando sus fuerzas armadas en el extranjero infringen las normas humanitarias, sino también cuando los culpables, independientemente de su nacionalidad, son personas que actúan bajo el mando y control del Estado, incluso si no pertenecen a sus fuerzas armadas. Este control efectivo solo tiene que ser de carácter general y no es necesario determinar para cada violación que ha sido cometida bajo el control específico de un órgano del Estado en cuestión o cumpliendo una orden precisa emanada de dicho órgano.

Las circunstancias en las que las fuerzas armadas de un Estado pueden verse implicadas en operaciones militares en el extranjero pueden ocurrir en el contexto de operaciones de mantenimiento o establecimiento de la paz [...]. Cuando tales acciones son simplemente “autorizadas” por el Consejo de Seguridad y, por lo tanto, las fuerzas armadas siguen estando bajo el mando y control del Estado al que pertenecen, obviamente la obligación de acatar el Derecho Internacional humanitario recae plenamente en ese Estado. No obstante, el deber de las Naciones Unidas en esos casos será asegurarse de que una operación que se lance con su respaldo y conforme a sus intereses se lleve a cabo con arreglo a los dictados del Derecho Internacional<sup>225</sup>.

El empleo de contratistas o mercenarios, que proliferó en el Iraq de la ocupación<sup>226</sup>, produjo, asimismo, situaciones complejas en las que se planteaban serios problemas

---

<sup>224</sup> Muñoz Conde, 1997: 81-84.

<sup>225</sup> Boisson de Chazournes, Condorelli, 2000.

<sup>226</sup> Singer señala lo siguiente: “Presently, there are more than 40 private military and private security corporations employing more than 40,000 to 50,000 employees in Iraq alone, whereas there are more than hundred-thirty private military and security companies operating in all regions of the world”. Asimismo, indica que

acerca de la responsabilidad derivada por las violaciones de las obligaciones que impone el Derecho Internacional humanitario y la protección de los derechos humanos, siendo la falta de transparencia y la impunidad las resultantes en muchos casos<sup>227</sup>. Como señala Kunzmann:

Their international responsibility then would encompass the obligation to make full reparation for all damages caused by these acts and omissions which can be attributed to the Coalition forces. This obligation to reparation has to be fulfilled mainly by restitution in kind and/or compensation. The costs for these reparations have to be born by the belligerent states and those who assisted or aided them, regardless of the state or company who effectively carries them out. Seized capital is not to be used for the reconstruction by foreign companies. First, its origin and the proper owner have to be established, once this is done this capital either must be returned or kept in a trusteeship until its return is possible. Devoting this capital to the reconstruction of Iraq would entail a new form of international responsibility on the part of the respective state or states for it would be in breach of those states' obligation to make restitution and compensate for the injuries caused by them<sup>228</sup>.

Sin embargo, los problemas derivados de la actuación de las empresas transnacionales en Iraq no se limitan a los contratistas militares, sino que los negocios realizados en un contexto de guerra, ocupación militar y conflicto interno acostumbran, también a ser de muy dudosa transparencia. En opinión de Singer,

the incentives of a private company do not always align with its clients' interests or the public good. In an ideal world, this problem could be kept in check through proper management and oversight; in reality, such scrutiny is often absent. As a result, war-profiteering allegations have been thrown at several firms. For example, Halliburton —Vice President Dick Cheney's previous employer— has been accused of a number of abuses in Iraq, ranging from overcharging for gasoline to billing for services not rendered; the disputed charges now total \$1.8 billion. And Custer Battles, a startup military provider firm that was featured on the front page of the Wall Street Journal in August 2004 has since been accused of running a fraudulent scheme of subsidiaries and false charges<sup>229</sup>.

Whyte, profesor de Criminología de la Universidad de Stirling, ha descrito los niveles de corrupción, incluso de saqueo, que se produjeron en el marco de la ocupación, con actuaciones que contravenían el Derecho Internacional humanitario y el Derecho

---

la industria militar privada mueve más de 100 000 millones de dólares al año (Singer, 2003). Cabe señalar que los contratistas militares privados han sufrido un número estimado de 175 muertes y de 900 heridos en Iraq según cifras de 2008. No hay números precisos porque el Pentágono no realiza un seguimiento de las bajas no militares. En todo caso, se trata de unas cifras que superan las bajas de cualquier división del ejército estadounidense y del resto de la coalición (Singer, 2005). Cfr. también: Sachil, 2007; Greenwald, 2006.

<sup>227</sup> Véase el capítulo de la presente obra "Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional: su actuación en el conflicto iraquí" escrito por Jaume Saura Estapà. Cfr. Chesterman, Lehnardt, 2007.

<sup>228</sup> *Op. cit.* Kunzmann, 2003: 732-733.

<sup>229</sup> *Op. cit.* Singer, 2005.

Internacional en general, beneficiándose de ello un reducido conjunto de empresas extranjeras:

No cabe la menor duda de que la ocupación ha conducido a un debilitamiento progresivo de los cimientos industriales y comerciales de Iraq.

Pero los mayores escándalos afectan los contratos para la reconstrucción. Entre 2003 y 2004, más del 80 por ciento de los contratos principales fueron a parar a empresas estadounidenses, mientras el resto se repartía entre empresas británicas, australianas, italianas, israelíes, jordanas e iraquíes. Una de las fuentes estima que el total de los recibidos por las empresas iraquíes durante el Gobierno de la APC es de alrededor del 2 por ciento. La APC consiguió concentrar la financiación en manos de empresas estadounidenses mediante la convocatoria de ofertas sin competencia. De los archivos de gastos podemos estimar que alrededor del 66 por ciento de los contratos entre abril de 2003 y abril de 2004 lo fueron sin competencia y atribuidos a las empresas favoritas elegidas a dedo.

[...]

El mismo día de la constitución de la APC, Bush firmó el decreto ejecutivo 13.303 por el que se eximía al *Development Fund for Iraq* (Fondo para el Desarrollo de Iraq, organismo creado para la distribución de los contratos de reconstrucción) de todos los procedimientos legales y de la supervisión judicial. El decreto, efectivamente, garantizaba la inmunidad de la APC ante procesamientos e interferencias judiciales. Así, la APC no ha guardado la lista de las compañías a las que se ha otorgado contratos y no tenía un sistema para cuantificar el petróleo que exportaba y vendía. Los funcionarios estaban autorizados para disponer de los ingresos con escasos o inadecuados sistemas de control o de contabilidad<sup>230</sup>.

## 6. La responsabilidad individual

En materia de responsabilidad individual el desarrollo del Derecho Internacional está adquiriendo un ritmo más acorde con las exigencias de la realidad y el espíritu de nuestra época. Tras la primera guerra mundial, el barón Descamps ya había formulado la teoría de que la exigencia de responsabilidad a las personalidades políticas que hubieran quebrantado gravemente el Derecho Internacional podía tener un efecto disuasorio en dirigentes nacionales que se hallaran en semejante situación<sup>231</sup>.

El principio de la responsabilidad individual por crímenes tipificados por el Derecho Internacional fue claramente establecido por el tribunal y el Estatuto de Núremberg. Así lo señaló la CDI:

The principle of individual responsibility and punishment for crimes under international law recognized at Nuremberg is the cornerstone of international criminal law. This principle is the enduring legacy of the Nuremberg Charter and Judgements which gives meaning to the prohibition of crimes under international law by ensuring that the individuals who commit such crimes incur responsibility and are liable to punishment.

---

<sup>230</sup> Whyte, 2006.

<sup>231</sup> Cfr. CPIJ (1920): "Advisory Committee of Jurists. Documents presented to the committee relating to existing plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice": 49 y 129.

[...]

(12) The Commission recognized the general principle of the autonomy of international law over national law with respect to the criminal characterization of conduct constituting crimes under international law in Principle II of the Nürenberg Principles which stated as follows: "The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law"<sup>232</sup>.

Los Convenios de Ginebra de 1949 establecieron la categoría de crímenes de guerra para las infracciones graves, que podrían ser procesados en los tribunales de todos los países que ratificasen los convenios<sup>233</sup>. La responsabilidad internacional del individuo se ha ido configurando progresivamente en el Derecho Internacional contemporáneo, en paralelo al reconocimiento jurídico internacional de los derechos humanos. Con anterioridad, esta responsabilidad quedaba determinada siempre de una manera indirecta, a través de las obligaciones de los Estados de establecer en sus derechos internos las medidas legislativas que debían garantizar el cumplimiento de las normas internacionales.

El conjunto normativo constituido por los artículos 2.3, 9.5 y 14.6 del PIDCP, el artículo 6 de la Convención sobre la eliminación de la discriminación racial y el artículo 14 de la Convención contra la tortura, entre otras disposiciones, han ido confirmando la virtualidad del derecho a la justicia y a los recursos individuales proclamado en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>234</sup>.

El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos presenta, en versión aprobada por el Comité de Redacción en segunda lectura, una serie de disposiciones relevantes respecto a la diversificación de la responsabilidad internacional, destacando la responsabilidad individual de cualquier persona que actúe como órgano o agente del Estado (artículo 58).

Los problemas jurídicos derivados del informe del secretario general de las Naciones Unidas, en el que se considera que los instrumentos jurídicos que enuncian normas consuetudinarias, más allá de cualquier duda, son: los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, la cuarta Convención de La Haya y sus reglamentos anexos de 1907, la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio de 1948 y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 1945. Estos vinieron a ser clarificados con la decisión del TPIY en el caso relativo a Dusko Tadic, tomada el 2 de octubre de 1995<sup>235</sup>. El tribunal reiteró que el carácter no exhaustivo de dicha relación solo se ve limitado a la aplicación de normas consuetudinarias que pudieran contravenir el principio *nullum crime sine lege* en el caso de que una de las partes en conflicto no estuviera vinculada por un determinado tratado.

---

<sup>232</sup> Cfr. CDI (1996): "Report of the International Law Commission on the work of its forty-eight session, 6 May-26 July 1996, Official records of the General Assembly, fifty-first session. Draft code of crimes against the peace and security of mankind".

<sup>233</sup> *Op. cit.* Popovski, Thakur, 2008: 54.

<sup>234</sup> Shelton.

<sup>235</sup> *Op. cit.* TPIY (1995): "Case concerning Prosecutor v. Dusko Tadic. Decision on the defence motion for Interlocutory Appeal on jurisdiction, 2 October 1995", Appeals Chamber: 60.

Esta evolución se ha visto confirmada en el marco del Estatuto de Roma de 1998. Los artículos 27 (improcedencia del cargo oficial), 28 (responsabilidad de los jefes y otros superiores) y 29 (imprescriptibilidad) del estatuto de la CPI son el fruto de un largo proceso de codificación que refleja, en términos generales, el Derecho Internacional consuetudinario.

Sin embargo, en diciembre de 2001 el Senado de Estados Unidos aprobó una modificación de la Ley de protección al personal militar americano (American Service-Member Protection Act), que excluía cualquier cooperación con la CPI, estableciendo medidas de retorsión —como la suspensión de ayuda militar— dirigidas contra los Estados que ratificaran el Estatuto de Roma (excepto los aliados muy cualificados y los miembros de la OTAN), así como la prohibición de que tropas norteamericanas participaran en misiones de la ONU en las que no se garantizara su inmunidad y la facultad del presidente para liberar por los medios apropiados a todo ciudadano norteamericano que fuera detenido por mandato de la CPI<sup>236</sup>.

Pero estas disposiciones no influyen en el régimen jurídico internacional de la responsabilidad individual, puesto que las normas internas son solo hechos para el ordenamiento de la comunidad internacional. Como declaró la CIJ en su sentencia en el caso de *Elettronica Sicula* de 1989 (artículo 73), “la conformidad de un acto con el derecho interno y su conformidad con las disposiciones de un tratado son cuestiones diferentes. Lo que constituye una violación de un tratado puede ser lícito en derecho interno, y lo que es ilícito en derecho interno puede no entrañar la violación de una disposición convencional”<sup>237</sup>.

Poco antes, la CIJ había reafirmado este principio fundamental en su opinión consultiva acerca del asunto sobre la aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la sección XXI del acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de las Naciones Unidas, de 16 de abril de 1988 del siguiente modo:

57. [...]. Sería suficiente recordar el principio fundamental de Derecho Internacional de que *el Derecho Internacional prevalece sobre la ley nacional* [cursiva del autor]. Este principio fue consagrado por la jurisprudencia ya desde la sentencia arbitral de 14 de septiembre de 1892 en el “asunto de Alabama”, entre Gran Bretaña y Estados Unidos, y se ha recordado frecuentemente desde entonces, por ejemplo, en el “asunto relativo a las comunidades greco-búlgaras”, en el cual la CPIJ afirmó que: “es un principio de Derecho Internacional generalmente aceptado que en las relaciones entre potencias que son partes contratantes en un tratado, las disposiciones de la ley nacional no pueden prevalecer sobre las del tratado”<sup>238</sup>.

<sup>236</sup> Sánchez Rodríguez, 2005: 1296.

<sup>237</sup> Cfr. CIJ (1989): “Affaire de l’Elettronica Sicula (États-Unis d’Amérique c. Italie). Arrêt, 20 juillet 1989”, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances: 51.

<sup>238</sup> Cfr. CIJ (1988): “Affaire de l’applicabilité de l’obligation d’arbitrage en vertu de la section 21 de l’accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l’organisation des Nations Unies. Avis consultatif, 26 avril 1988”, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances: 33-34.

Está claro, pues, que la exigencia de responsabilidad se dirige hacia aquellos dirigentes que desencadenaron la guerra, con el expresidente Bush a la cabeza<sup>239</sup>, junto a los cuales deben situarse aquellos que tuvieron competencias discrecionales en el contexto de la ocupación. Este es el caso del embajador Bremer: “As Administrator of the CPA, Ambassador Bremer was now responsible for the temporary governance of Iraq, and oversaw, directed and coordinated all executive, legislative, and judicial functions necessary to carry out that responsibility, including humanitarian relief and reconstruction and assisting in the formation of an Iraqi interim administration”<sup>240</sup>.

La querrela contra el antiguo secretario de Defensa, Donald Rumsfeld, presentada en noviembre de 2006 por una serie de ONG, como Centre for Constitutional Rights (CCR), la Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH), la Unión de Abogados y Abogadas Republicanos (Republican Attorneys’ Association [RAV]) y otros grupos representados por el abogado Wolfgang Chalet en Berlín, acusaba a altos cargos civiles y militares de Estados Unidos, además de al secretario de Defensa y al fiscal general Alberto Gonzales. Se les imputaba la comisión crímenes de guerra en Iraq y en el centro penitenciario de la bahía Guantánamo, bajo mando estadounidense. Este recurso, posible gracias al estatuto de jurisdicción universal instituido en Alemania en 2002, se presentó en nombre de 11 ciudadanos iraquíes, víctimas de crímenes y abusos sexuales en la prisión de Abu Ghraib.

Sin embargo, como ha observado Kolb, se produjeron manipulaciones *ad hoc* por parte del CS en el ámbito del derecho penal internacional. En la Resolución 1422 (2002), de 12 de julio de 2001, sobre el mantenimiento de la paz por las Naciones Unidas, dicho consejo solicitó a la CPI que no iniciara investigaciones ni enjuiciamientos durante un plazo de doce meses a partir de una fecha determinada (que era renovable) contra miembros de operaciones internacionales de mantenimiento o restablecimiento de la paz que hubiesen sido fijadas o autorizadas por el CS, en las que participasen Estados que no fueran partes en el Estatuto de la CPI. El objetivo de esta resolución era conceder inmunidad general al personal de Estados Unidos que tomase parte en esas operaciones ya que, sin esa garantía, la potencia mundial amenazaba con utilizar su poder de veto contra esas operaciones o, simplemente, con no participar en ellas<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> Existen precedentes de acciones jurídicas exigiendo su responsabilidad por crímenes cometidos en el marco de la guerra contra el Terror: “George W. Bush canceled a scheduled speech in Geneva on February 12 at a dinner in honor of the United Israel Appeal. Organizers say they canceled the speech, according to The Washington Post, because “the calls to demonstrate were sliding into dangerous terrain”. The Center for Constitutional Rights, Amnesty International and several European human rights groups, however, said that they were urging Swiss prosecutors to open a criminal case against him once he arrived in the country” (Osburn, 2011).

<sup>240</sup> *Op. cit.* Kunzmann, 2003: 731.

<sup>241</sup> *Op. cit.* Kolb, 2008.

## 7. Las consecuencias de la responsabilidad: la reparación

En su sentencia dictada en el asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo, la más alta jurisdicción mundial, la CIJ, estableció las pautas de la argumentación jurídica que conducen de la comisión del acto ilícito a la obligación de reparar:

259. The Court observes that it is well established in general international law that a State which bears responsibility for an internationally wrongful act is under an obligation to make full reparation for the injury caused by that act (see *Factory at Chorzów, Jurisdiction*, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 21; *Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgements, I.C.J. Reports 1997, p. 81, para. 152; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgements, I.C.J. Reports 2004, p. 59, para. 119). Upon examination of the case file, given the character of the internationally wrongful acts for which Uganda has been found responsible (illegal use of force, violation of sovereignty and territorial integrity, military intervention, occupation of Ituri, violations of international human rights law and of international humanitarian law, looting, plunder and exploitation of the DRC's natural resources), the Court considers that those acts resulted in injury to the DRC and to persons on its territory. Having satisfied itself that this injury was caused to the DRC by Uganda, the Court finds that Uganda has an obligation to make reparation accordingly<sup>242</sup>.

Mucho antes la CPJI se había pronunciado sobre los aspectos más generales de la reparación y su naturaleza jurídica, así: “it is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation is therefore the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself. Differences relating to reparations, which may be due by reason of failure to apply a convention, are consequently differences relating to its application”<sup>243</sup>. Forma parte de este esfuerzo jurisprudencial de la CPJI para determinar el alcance jurídico de la responsabilidad internacional, el que la restitución sea la forma prioritaria de reparación:

The essential principle contained in the actual notion of an illegal act—a principle which seems to be established by international practice and, in particular, by the decisions of arbitral tribunals—is that reparation must, so far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it such are the principles

<sup>242</sup> *Op. cit.* CIJ (2005): “Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Judgement, 19 December 2005”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 93.

<sup>243</sup> CPJI (1928): “Case concerning the factory of Chorzow. Judgement, 26 July 1926”. Publications of the Permanent Court of Justice: Collection of judgements, serie A, n.º 9: 21 [en línea en [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_09/28\\_Usine\\_de\\_Chorzow\\_Competence\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf), citado 27 may 12].



which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law<sup>244</sup>.

En la primera frase, como ha señalado Andre de Hoogh, la Corte dio una definición general de reparación, resaltando que su función es el restablecimiento de la situación afectada por la violación. En la segunda frase, trató la reparación, incluyendo la compensación por un ilícito, esto es, la restitución o su valor y adicionalmente los daños por pérdidas resultantes del ilícito<sup>245</sup>. Dupuy utiliza el término *restauración* para transmitir esta idea general del principio de responsabilidad<sup>246</sup>.

Como señaló la CDI en su comentario<sup>247</sup>, de las diversas formas de reparación, la indemnización es quizá la que más se utiliza en la práctica internacional. Así, en el asunto sobre el proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, la CIJ declaró: “Es una regla bien establecida de Derecho Internacional que un Estado lesionado tiene derecho a obtener una indemnización del Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito por el daño causado por ella”<sup>248</sup>.

Es igualmente bien sabido que una corte o tribunal internacional que tiene jurisdicción con respecto a una reclamación de responsabilidad del Estado posee, como un aspecto de esa jurisdicción, la competencia de condenar a la indemnización por los daños sufridos<sup>249</sup>. La CDI precisaba, además: “financially assessable damage encompasses both damage suffered by the State itself (to its property or personnel or in respect of expenditures reasonably incurred to remedy or mitigate damage flowing from an internationally wrongful act) as well as damage suffered by nationals, whether persons or companies, on whose behalf the State is claiming within the framework of diplomatic protection”<sup>250</sup>.

---

<sup>244</sup> *Op. cit.* CPII (1928): “Case concerning the factory of Chorzow. Judgement, 13 september 1926”, Publications of the Permanent Court of Justice: Collection of judgements, serie A, n.º 17: 47.

<sup>245</sup> Hoogh, 1996: 138-40.

<sup>246</sup> Dupuy, 1984: 94.

<sup>247</sup> *Doc. cit.* CDI de las Naciones Unidas (2001): “Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts, with commentaries”: 99.

<sup>248</sup> *Cfr.* CIJ (1997): “Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia). Judgement, 25 september 1997”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 81. En la misma línea ya se había pronunciado la CPII (1928): “Case concerning the factory of Chorzow. Judgement, 13 september 1926”, Publications of the Permanent Court of Justice: Collection of judgements, serie A, n.º 17: 27.

<sup>249</sup> *Op. cit.* CPII (1928): “Case concerning the factory of Chorzow. Judgement, 26 july 1926”. Publications of the Permanent Court of Justice: Collection of judgements, serie A, n.º 9; *Cfr.* CIJ (1986): “Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits and judgement, 27 June 1986”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 142.

<sup>250</sup> Véase *supra* nota 246.



## 8. La reparación a los particulares víctimas de los hechos ilícitos

En términos generales, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre las características que deben regir las consecuencias jurídicas de la responsabilidad internacional entre Estados. Algunas de ellas, se describen seguidamente:

Las normas jurídicas que regulan la reparación son las normas de Derecho Internacional en vigor entre los dos Estados interesados, y no las que rigen las relaciones entre el Estado que ha cometido un acto ilícito y el particular que ha sufrido el daño. Los derechos o intereses cuya violación causa un daño al particular se inscriben siempre en un plano distinto al de los derechos correspondientes al Estado cuyos derechos pueden haber sido violados por el mismo acto. El daño sufrido por un individuo no es, pues, nunca de idéntica naturaleza que el sufrido por el Estado; solo puede proporcionar una medida conveniente de la reparación debida al Estado<sup>251</sup>.

Esta diferencia entre la reparación debida a un Estado y la que corresponde a los particulares lesionados por el hecho ilícito, así como la tradicional inviabilidad de reclamaciones jurídicas de los particulares contra los Estados ante instancias internacionales, proporciona una limitada serie de precedentes a la hora de abordar el problema en el marco del Derecho Internacional actual. El asunto de la Fábrica de Chorzow debe considerarse como un precedente importante en esta materia, aunque vinculaba los derechos de las víctimas al ejercicio de la protección diplomática del Estado de la nacionalidad.

En las últimas décadas, con la invasión de Grenada el 25 de octubre de 1983 —que fue la primera gran operación realizada por el ejército de Estados Unidos desde la guerra de Vietnam—, se sentó un significativo precedente de indemnización directa por parte del Estado (Estados Unidos) autor del hecho ilícito a las víctimas civiles del conflicto. La Association of Humanitarian Lawyers (AHL), anteriormente conocida como International Disability Law, planteó, en nombre de las víctimas con discapacidad en Grenada, la petición número 9313 con motivo del bombardeo de un hospital mental y de sus pacientes con retraso mental por parte de Estados Unidos. Como señala la propia AHL, el impacto jurídico del caso fue notable:

This successful action was a landmark decision in human rights law for a number of reasons: (1) it was the first case against the United States in any human rights forum to be declared “admissible”; (2) it was the first case in the Organization of American States (OAS) where the victims filed against a “third party” government; (3) it was the first case in the OAS to incorporate humanitarian law in a human rights action; (4) it resulted in the United States building a state of the art replacement facility, provide technical assistance, commodities and compensation costing more than \$4 million<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> CPJ (1928): “Case concerning the factory of Chorzow. Judgement, 13 september 1926”, Publications of the Permanent Court of Justice: Collection of judgements, serie A, n.º 17: 27-29 y 47.

<sup>252</sup> AHL: “Disabled Peoples’ International *et al.*, Case 9213”. Cfr. CIDH (1987): 184, OEA/ser. LV/II.71, doe. 9 rev. 1, *Annual Report 1986-1987*; Andrus, Weissbrodt: 1988.

Esto sirvió de base respecto al acto de agresión que sufrió Panamá por parte de Estados Unidos en 1989, estableciéndose un precedente insólito<sup>253</sup>. La CIDH admitió la demanda de un numeroso grupo de particulares lesionados por el ejército de Estados Unidos, pero nunca había llegado, hasta la fecha, a decidir sobre el fondo. Se trataba de la primera reclamación de personas amparadas por la Declaración Interamericana de Derechos Humanos contra un tercer Estado. Los reclamantes solicitaron que la comisión,

- a. Declare que la intervención militar de los Estados Unidos en Panamá fue ilegal y violatoria de la Carta de la OEA;
- b. Declare que fueron violados los derechos humanos de víctimas civiles panameñas, consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- c. Declare que los Estados Unidos violaron los principios de no intervención, la inviolabilidad de la soberanía y los derechos humanos amparados por la Carta de la ONU, la Convención de Ginebra, los Protocolos de Ginebra, el Tratado del Canal de Panamá de 1977 y el Tratado Concerniente a la Neutralidad y Operación Permanente del Canal de Panamá de 1977, conforme a sus obligaciones de acatar el Derecho Internacional según el artículo 3 de la Carta de la OEA;
- d. Declare que, como consecuencia de la violación del Derecho Internacional por los Estados Unidos y el daño que esta causó en vidas, viviendas y bienes de víctimas panameñas, los Estados Unidos debían compensar a los panameños que sufrieron perjuicios y otras pérdidas [...].

También demandaban una investigación plena e independiente de la intervención de Estados Unidos en Panamá, con el fin de determinar la totalidad de los daños, lesiones y pérdidas sufridos por el pueblo panameño, y que se efectuara “un llamado a los Estados Unidos para que indemnicen a los panameños reclamantes con un total de 250 millones de dólares estadounidenses por la pérdida de vidas, las lesiones personales y los daños de propiedades que sufrieron como consecuencia de las operaciones militares de los Estados Unidos en Panamá”. En este sentido, la CIDH debería emprender

---

<sup>253</sup> La invasión de 1989 por Estados Unidos de Panamá dejó a unos dos mil civiles muertos y a unas dieciocho mil personas sin hogar. Al año siguiente, el CCR presentó una denuncia ante la Organización de los Estados Americanos (OEA) en nombre de 272 víctimas civiles, alegando que la invasión era ilícita según el Derecho Internacional y exigiendo una investigación completa, así como una indemnización para las víctimas. Los primeros demandantes eran parientes de Dionisia Salas, quien murió por fuego de cohetes de Estados Unidos en su casa mientras preparaba la comida para su familia, así como familiares de Elizabeth Ramos Rudas, una estudiante de ingeniería civil de 23 años de edad, que murió la noche de la invasión, cuyo cadáver fue descubierto semanas después en una fosa común en la ciudad de Panamá. En dos audiencias de pruebas, celebradas en 1995, expertos internacionales en derechos humanos y los testigos presentaron evidencias de la ilicitud de la invasión de Estados Unidos, de la devastación de la población civil debido a su poder de fuego y de los métodos con que dispusieron de los cuerpos. Las organizaciones independientes de derechos humanos panameños estiman que más de dos mil civiles murieron en la invasión —muchos enterrados en fosas comunes con cientos de cadáveres— y muchos miles quedaron heridos. Durante más de dos años, el gobierno de los Estados Unidos trató de negar la competencia de la comisión, pero la OEA acordó abrir el caso en 1993. Tres años más tarde, sin embargo, la OEA expresó informalmente a los abogados del OEA que “no tenía tiempo” para decidir sobre el fondo del caso. Los supervivientes de la invasión organizaron manifestaciones y acampadas ante la sede de la OEA en Panamá. La decisión está pendiente desde el otoño de 1998.

“acciones para ayudar a obtener que se compense a las víctimas de la intervención militar de los Estados Unidos en Panamá”.

Finalmente, dicha comisión, decidió admitir las peticiones de los reclamantes, a pesar de la oposición de Estados Unidos —que entre otras cosas alegó que no se habían agotado los recursos internos— puesto que,

6. Donde se afirme que el uso de fuerza militar ha conducido a la muerte de no combatientes, daños personales y pérdida de propiedades, los derechos humanos de los no combatientes están implicados. En el contexto del presente caso, las garantías establecidas en la Declaración Americana están involucradas. El presente caso contiene alegaciones cuya competencia está dentro del marco de la Declaración. De este modo, la Comisión está facultada para considerar el asunto objeto del presente caso.

[...]

17. En conclusión, respecto a los temas básicos planteados, la Comisión es competente dentro de sus atribuciones para recibir y considerar peticiones que denuncien la violación, por parte de un Estado miembro que no ha ratificado, de derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Los hechos en los cuales se basan las peticiones del presente caso ofrecen un fundamento sobre el que puede determinarse la violación de las disposiciones de la Declaración. Dada la ausencia de recursos adecuados y eficaces, capaces de reparar las violaciones denunciadas, el requisito del agotamiento de los recursos internos es inaplicable<sup>254</sup>.

Según los datos aportados por el Gobierno de Estados Unidos a la CIDH, las reclamaciones formuladas por particulares ante su ejército eran las siguientes:

49. El Gobierno proporciona las siguientes cifras respecto de reclamos tramitados hasta el 16 de septiembre de 1992 por el Servicio de Reclamos del Ejército:

- a) Total de reclamos con causa justa: 2.884
- b) Cuantía total reclamada: US\$ 372.706.376,15
- c) Desglose:

Tipo de reclamo	Número	Suma reclamada	Suma pagada
Lesiones personales	111	US\$ 21.116.746,38	US\$ 6.943,19
Muertes por negligencia	104	69.295.127,21	00,00
Daños a la propiedad	2.669	282.723.310,69	1.289.158,26
Propiedad	772	33.515.183,82	98.365,78

Menos de cien de los reclamos fueron presentados por ciudadanos de los Estados Unidos; los restantes fueron planteados por panameños<sup>255</sup>.

No es fácil eludir dos comentarios. El primero; que la suma satisfecha en concepto de indemnización o compensación de daños (98 365,78 dólares) es casi cuatrocientas

<sup>254</sup> Cfr. CIDH (1993): “Informe n.º 31/93, caso 10 573, Estados Unidos, 14 de octubre de 1993”. Se puede consultar íntegro en línea en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.estadosunidos10.573.htm> [citado 27 may 12].

<sup>255</sup> *Ibíd.*

veces inferior a la cantidad reclamada, según Estados Unidos. El segundo; que si se comparan los daños ocasionados en la invasión de Panamá con los correspondientes a la de Iraq, las cifras alcanzarían cantidades astronómicas.

En cuanto a la reparación debida a las víctimas de los refugiados y desplazados forzosos, la AG, que había insistido en el reconocimiento *ad hoc* de un derecho de compensación en el caso de los refugiados palestinos con una reiteración insoslayable, reafirmó —con motivo de la creación del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre la cooperación internacional para evitar nuevos flujos de refugiados<sup>256</sup>— el derecho de aquellos que no deseen volver a su país de origen a recibir una adecuada compensación.

En esta línea, se había pronunciado con anterioridad el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano en su proyecto de codificación de los principios relativos al trato de los refugiados, adoptados en 1966<sup>257</sup>, cuyo artículo 5 establecía el derecho a percibir una compensación por parte del Estado de origen del refugiado.

La AG, por medio de su Resolución 41/70, de 3 de diciembre de 1986, sobre la cooperación internacional para evitar nuevas corrientes de refugiados, aprobó por unanimidad el informe del Grupo de Expertos Gubernamentales<sup>258</sup>, cuyo párrafo 66 establece el derecho de compensación para aquellos refugiados que no deseen volver a su país de origen.

La Declaración de Principios de Derecho Internacional sobre Compensación a los Refugiados, aprobada por consenso en la 65.ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional<sup>259</sup> —que tuvo lugar en El Cairo entre el 20 y el 26 de abril de 1992—, estableció las líneas de desarrollo progresivo que deberían seguir las normas internacionales. Dos aspectos son especialmente significativos: en primer lugar, el hecho de atribuir la responsabilidad al Estado de origen cuya conducta ha forzado a abandonar el país (primer y segundo principios); en segundo lugar, la asimilación de la compensación a los nacionales en la misma medida en que un Estado está obligado a compensar a los extranjeros (cuarto principio).

Además, el tercer principio establecía que los actos generadores de refugiados pueden ser calificados de genocidio si intentan destruir total o parcialmente una minoría nacional, étnica, racial o religiosa.

La CDH adoptó, posteriormente, una decisión acerca de la devolución de los bienes de los refugiados o de las personas desplazadas, a partir de un proyecto presentado por Alonso Gómez-Robledo Verduzco, que reafirma los derechos de las víctimas a la

---

<sup>256</sup> Cfr. AG (1981): Resolución 36/148, de 16 de diciembre de 1981, sobre la cooperación internacional para evitar nuevas corrientes de refugiados.

<sup>257</sup> Se trata de un organismo reconocido como cooperante de las Naciones Unidas a partir de la Resolución de la AG 43/1, de 17 de octubre de 1988, sobre la cooperación entre las Naciones Unidas y el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano. El texto puede consultarse en ACNUR (1988): “Recueil des traités et d’autres textes de droit international concernant les réfugiés”: 235-241.

<sup>258</sup> Cfr. Naciones Unidas (1986): “Cooperación para prevenir nuevos flujos de refugiados. Nota del secretario general de la ONU, 13 de mayo de 1986”.

<sup>259</sup> Cfr. *American Journal of International Law*, 1993.

reparación<sup>260</sup>. Así, las situaciones de impunidad de los perpetradores de actos ilícitos, por una parte, y de indefensión de las víctimas, por otra, van recibiendo la configuración jurídica dirigida a ponerles fin.

El retorno con garantías efectivas de los refugiados, desplazados y otros migrantes forzosos, cuya situación haya sido provocada por una violación grave o sistemática de los derechos humanos en su lugar de origen, supone la mejor forma de reparación, aunque no agota ni excluye, en ningún caso, las indemnizaciones y otras medidas jurídicas necesarias. Como afirmaba Cançado Trindade:

La reparación plena, que en el presente contexto se configura como la reacción del ordenamiento jurídico de protección a los hechos violatorios de los derechos garantizados, tiene un amplio alcance. Incluye, a la par de la *restitutio in integrum* (restablecimiento de la situación anterior de la víctima, siempre que sea posible) y las indemnizaciones (a la luz del principio general del *neminem laedere*), la rehabilitación, la satisfacción y —significativamente— la garantía de no repetición de los hechos violatorios (el deber de prevención)<sup>261</sup>.

Como afirma la Resolución de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos 2002/7, de 24 de julio de 2002, sobre la Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, el recurso a la indemnización solo debería utilizarse cuando la restitución no resulte posible o cuando la parte damnificada la acepte consciente y voluntariamente en lugar de la restitución. Asimismo, El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) advirtió que:

la huida de centenares de miles de refugiados o de personas desplazadas que abandonan sus hogares y sus bienes a causa de un conflicto armado da lugar con frecuencia a que se apoderen de esos bienes personas sin derecho a hacerlo. Así sucede en la actualidad en la región de los Grandes Lagos, en Bosnia y Herzegovina, en Chipre y en otros lugares. A su regreso a sus lugares de origen, todos esos refugiados y todas esas personas desplazadas tienen derecho a que se les devuelvan los bienes de los que fueron privados durante el conflicto y a ser indemnizados por los bienes que no pudieron serles devueltos. Además, deberán considerarse nulos de pleno derecho todos los compromisos o declaraciones que se hayan efectuado bajo compulsión acerca de esos bienes. Este problema es de tal magnitud que será menester estudiarlo basándose en el Derecho Internacional y en los instrumentos internacionales vigentes en el terreno de los derechos humanos<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> Presentado el proyecto de decisión el 15 de agosto de 2001 por Gómez-Robledo Verduzco, esta fue adoptada sin voto por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, con el número 2001/122.

<sup>261</sup> Corte IDH (1996): "Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade. Caso El Amparo vs. Venezuela. Sentencia, 14 de septiembre de 1996", serie C: resoluciones y sentencias: 2; cfr. CIDH (1969): "Convención Americana sobre Derechos Humanos", artículo 63.1 [en línea en <http://www.wcl.american.edu/pub/humright/reptorio/art1.htm#111221>, citado 27 may 12].

<sup>262</sup> ECOSOC (2004): "Restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos. Informe preliminar del Relator Especial, Sr. Paulo Sérgio Pinheiro, de conformidad con la resolución 2002/7 de la Subcomisión", 56.º período de sesiones. Tema 4 del programa provisional [en línea en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/3248>, citado 27 may 12].

En este sentido, el CICR declaró en 2010 sobre la urgencia del tema de las reparaciones en materia de aplicación del Derecho Internacional humanitario lo siguiente:

En relación con la cuestión de la aplicación, también es crucial el tema de las reparaciones en favor de las víctimas de violaciones del derecho humanitario. La reparación es esencial para las víctimas, a fin de que logren superar las experiencias profundamente penosas que han tenido que atravesar y puedan recomenzar su vida. Las formas de reparación deberían adaptarse a las circunstancias y a las necesidades de las víctimas. No consisten necesariamente en otorgar compensación financiera por las lesiones causadas; también puede tratarse de otras medidas, como restitución, rehabilitación, “satisfacción” o la garantía de que las violaciones no se repetirán<sup>263</sup>.

Quizá, el instrumento jurídico internacional más completo en la materia sean los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, recogidos en la Resolución 60/147, aprobada por la AG el 16 de diciembre de 2005. Este documento, entre otras disposiciones, establece:

18. Conforme al derecho interno y al Derecho Internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

19. La *restitución*, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del Derecho Internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

20. La *indemnización* ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario, tales como los siguientes:

- a) El daño físico o mental;
- b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
- d) Los perjuicios morales;
- e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

---

<sup>263</sup> CICR (2010): “Fortalecer la protección jurídica de las víctimas de conflictos armados. Estudio del CICR sobre el estado actual del Derecho Internacional humanitario” [en línea en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/ihl-development-statement-210910.htm>, citado 27 may 12].

21. La *rehabilitación* ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales<sup>264</sup>.

Estos principios incorporan algunas de las disposiciones más útiles de diversas políticas y programas nacionales de restitución preexistentes, con inclusión de los establecidos para Bosnia-Herzegovina<sup>265</sup>, Camboya<sup>266</sup>, Chipre<sup>267</sup>, Guatemala<sup>268</sup>, Kosovo<sup>269</sup>, Sudáfrica<sup>270</sup> y Ruanda<sup>271</sup>. El proyecto de principios incorpora, asimismo, las lecciones aprendidas y se basa en algunas de las prácticas más idóneas aplicadas en los recientes esfuerzos de restitución en situaciones posteriores a conflictos.

## V. Consideraciones Finales

Tras la instrumentalización institucional del sistema de las Naciones Unidas y de la propia OTAN en el conflicto de Kosovo —después de los atentados terroristas del 11S— y en Afganistán, el peor ejemplo de esta política imperialista estaba por llegar. El 20 de marzo de 2003 un grupo de Estados coaligados en torno de Estados Unidos lanzó un ataque contra Iraq. El acto de agresión —así se califica en Derecho Internacional a un ataque armado contra un Estado sin que corresponda ni al ejercicio de la legítima defensa (Iraq no había usado la fuerza armada contra ninguno de los coaligados), ni a una medida coactiva autorizada por el CS— se efectuó tras una importante derrota diplomática de la Administración Bush en la ONU.

Con el ataque y la ocupación de Iraq, se ignoró la letra y el espíritu del texto constitucional de la comunidad internacional. La propuesta de resolución autorizando el uso de la fuerza presentada por Estados Unidos, Reino Unido y la España del Gobierno de José María Aznar solo obtuvo el soporte de Bulgaria. Rusia y Francia prometieron vetarla. China, Alemania y Siria se opusieron abiertamente, mientras que Angola, Chile, Pakistán, Camerún, México y Guinea mostraron su desacuerdo. No había, ni por asomo, lugar al pretexto de la legítima defensa; no se encontraron, ni antes, ni

---

<sup>264</sup> AG de las Naciones Unidas (2005): “Resolución 60/147 de la AG, de 16 de diciembre de 2005, sobre los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.

<sup>265</sup> Acuerdo Marco General de Paz en Bosnia y Herzegovina, anexo VII: Acuerdo relativo a los refugiados y las personas desplazadas (A/50/790-S/1995/1999).

<sup>266</sup> Acuerdo sobre un arreglo político amplio del conflicto de Camboya, firmado en la Conferencia de París sobre Camboya en 1991 (A/46/608-S/23177).

<sup>267</sup> Conjunto de ideas sobre un acuerdo marco general sobre Chipre, propuesto por el secretario general de las Naciones Unidas en 1992 (S/24472, anexo).

<sup>268</sup> Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas (Acuerdos de Paz de Guatemala. A/49/882-S/1995/256). Cfr. también el Acuerdo para el reasentamiento de las poblaciones desarraigadas por el enfrentamiento armado (A/48/954-S/1994/751, anexo i).

<sup>269</sup> Reglamento de la Misión de las Naciones Unidas en Kosovo n.º 1999/23 sobre establecimiento de la dirección de vivienda y propiedades y de la Comisión de Reclamaciones sobre Viviendas y Propiedades.

<sup>270</sup> Sudáfrica (1994): Ley relativa a la restitución de los derechos sobre la tierra (Ley n.º 22).

<sup>271</sup> Acuerdo de Paz de Arusha, de 4 de agosto de 1993.



después, armas de destrucción masiva. No se probó, ni se intentó seriamente, encontrar un vínculo entre el régimen iraquí de Saddam Huseín y la red terrorista Al Qaeda. Igualmente, el derrocamiento de un dictador no autoriza a librar una guerra contra un estado y su población.

Años más tarde no se había establecido una democracia en Iraq, pero 4 300 000 personas habían perdido su hogar, entre refugiados y desplazados internos<sup>272</sup>. Las cifras de víctimas mortales, aunque dispares, apuntaban a más de un millón de personas, según distintas fuentes humanitarias<sup>273</sup>. Sin embargo, el impacto del deterioro causado parece más cerca de apreciaciones como la de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), que en su informe de 2008 explicaba que:

En marzo de 2008, al cumplirse cinco años de una agresión militar que vulneró la legalidad internacional, numerosas organizaciones internacionales de protección de los derechos humanos denunciaron que el conflicto ya había causado la muerte de un millón de personas y que las condiciones de vida de la población empeoraban sin cesar. Asimismo, Oxfam Internacional subrayó que la situación se había deteriorado hasta extremos críticos, ya que más de la mitad de la población vive con menos de un dólar al día, el 70% no tiene acceso suficiente al agua potable, el índice de paro asciende al 80% y el 33% de la población necesita ayuda humanitaria de emergencia. Especialmente crítica es la situación de los niños, puesto que el 75% no están escolarizados, el 92% tienen problemas de aprendizaje (por el clima de miedo en que viven) y el 28% están desnutridos<sup>274</sup>.

Los días 17 y 18 de abril de 2007, se celebró la Conferencia Internacional sobre la respuesta a las necesidades humanitarias de los refugiados y desplazados internos en el Iraq y los países vecinos, organizada en Ginebra por el ACNUR. Durante la misma, el representante del secretario general para los desplazados internos, Walter Kälin, llamó la atención sobre la situación de cerca de dos millones de desplazados iraquíes, que, a su juicio, era mucho más preocupante que la de las personas que habían podido encontrar refugio en otros países. El representante recordó que el Gobierno tenía la responsabilidad de proteger y prestar asistencia a sus ciudadanos desplazados.

Las estimaciones de heridos, mutilados, huérfanos o viudas no se conocen con certeza, pero está claro que se trata de una catástrofe de grandísimas dimensiones. Como Bilmes y Stiglitz, escribían en 2006: "Many aspects of the Iraq venture have turned out differently from what was purported before the war: there were no weapons of mass destruction, no clear link between Al Qaeda and Iraq, no imminent danger that would warrant a pre-emptive war. Whether Americans were greeted as liberators or not, there is evidence that that they are now viewed as occupiers. Stability has not

---

<sup>272</sup> Cfr. ACNUR: "Iraq Situation", UNHCR Global Appeal 2008-2009, [en línea en <http://www.unhcr.org/home/PUBL/474ac8d811.pdf>, citado 27 may 12].

<sup>273</sup> En septiembre de 2007 Opinion Research Business, la agencia de investigación y encuestas más importante de Reino Unido, estimaba que 1 200 000 iraquíes habían muerto a causa de la guerra. Partiendo del margen de error técnico, Opinion Research Business calculó un mínimo de 733 158 muertes y un máximo de 1 446 063. Esta información se puede visualizar en línea en [http://www.leadingtoward.com/PDFsources\\_claims\\_costs\\_of\\_war/costs\\_Sept2007\\_iraqis\\_opinion.pdf](http://www.leadingtoward.com/PDFsources_claims_costs_of_war/costs_Sept2007_iraqis_opinion.pdf) [citado 27 may 12].

<sup>274</sup> Cfr. CEAR (2008): "La situación de los refugiados en España. Informe 2008", CEAR-Entimema: 29 [en línea en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6735.pdf?view=1>, 27 may 12].



been established. Clearly, the benefits of the War have been markedly different from those claimed”<sup>275</sup>.

Los hechos demuestran, una vez más, que el principio imperial genera una soberanía hipertrofiada basada en la supremacía, la desigualdad y la irresponsabilidad. El principio federal, que encarnan las instituciones del sistema de las Naciones Unidas de la UE —o, a escala nacional, ciertos estados federales, como los Estados Unidos, Canadá, Alemania o Suiza—, en cambio, se sitúa en una perspectiva de igualdad, pluralismo, complejidad, cooperación, equilibrio, flexibilidad y adaptabilidad antes que en un marco de jerarquía, coerción y rigidez. El principio federal aporta modelos de promoción de la libertad y la democracia, la separación de poderes, la protección de las minorías, el pluralismo, la participación y la autonomía, así como la responsabilidad directa de todos los órganos y agentes. En estos modelos el carácter soberano de los órganos federales queda matizado por una invisibilidad en el ejercicio de dichos poderes<sup>276</sup>.

La agresión y ocupación de Iraq supuso la violación de todas las obligaciones fundamentales que impone el Derecho Internacional. Más específicamente, las derivadas de los principios de la CNU. A saber: una violación de la igualdad soberana de los Estados, del principio de arreglo pacífico de las diferencias, de la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza, de la asistencia a las Naciones Unidas, del principio de no intervención en los asuntos internos del Estado, del deber de cooperación, de la libre determinación de los pueblos, del respeto de los derechos humanos, de la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural. Además, se conculcaron toda clase de normas que concretan dichas obligaciones a los supuestos más específicos.

Desencadenar la guerra de Iraq fue un crimen, pero también fue una estupidez de proporciones planetarias. Según la tercera Ley Fundamental de la Estupidez Humana —de la teoría del profesor Cipolla—, “una persona es estúpida si causa daño a otras personas o grupos de personas sin obtener ella misma ganancia personal alguna, o, incluso peor, provocándose daño a sí misma en el proceso”<sup>277</sup>.

Quienes desencadenaron la guerra han sufrido también las consecuencias: más de 4 000 soldados norteamericanos muertos y una cifra quince veces mayor de heridos; traumatizados e incapacitados permanentes (con síndrome de estrés posttraumático); los dos atentados terroristas más graves de la historia de Europa en sus propias capitales (Madrid y Londres); la pérdida de popularidad y, consecuentemente, de las elecciones; una subida descontrolada del petróleo, su impacto en la economía mundial y también en la propia; y, por último unas pérdidas de tres billones de dólares, según el premio nobel de economía Stiglitz y la catedrática de la Universidad de Harvard, Bilmes<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> Bilmes, Stiglitz, 2006: 1.

<sup>276</sup> Cfr. Wildhaber, 1983: 434-435.

<sup>277</sup> Cipolla, 1998.

<sup>278</sup> Bilmes, Stiglitz, 2008. Según el profesor Allen Larson, una estimación moderada permite afirmar que de los 391 000 millones de dólares asignados al Departamento de Defensa en el ejercicio fiscal de 2005, 236 500 millones se destinaron a la guerra de Iraq. Si se tiene en cuenta que en ese mismo año el presupuesto total del programa mundial de alimentos fue de 3 100 millones de dólares, no son necesarios más comentarios para calificar esta guerra ilícita en el marco de la lucha contra el hambre y de otros objetivos del milenio, que el propio autor analiza (cfr. Allen Larson, 2006).

En medio de desastres, la guerra ha puesto al descubierto una conducta irrespetuosa del derecho. Si la causa de su desencadenamiento fue un crimen, luego se fueron añadiendo ilicitudes diversas, como el bombardeo indiscriminado de ciudades, causando miles de víctimas civiles, la práctica de la tortura en los prisioneros y detenidos (Abu Ghraib o Guantánamo), el uso de armas prohibidas (el fósforo blanco en el asedio a Faluya, el uranio empobrecido<sup>279</sup> o las ‘bombas de racimo’ [*cluster bombs*]), las detenciones ilegales<sup>280</sup>, las cárceles secretas (los vuelos de la CIA), los linchamientos, las violaciones, etc.

La generación de flujos masivos de refugiados y desplazados internos, la destrucción de infraestructuras económicas, sanitarias, educativas y del patrimonio cultural, además del aumento de la inseguridad y de los odios sectarios, son consecuencias de hechos ilícitos que se extienden desde los preparativos de la agresión al largo período de ocupación y coexistencia con las nuevas autoridades iraquíes. Estos hechos ilícitos fueron cometidos por la acción u omisión de los agentes de los Estados miembros de la coalición, así como por las empresas y particulares que actuaron por su cuenta o ante su pasividad.

Quienes hemos dedicado la mayor parte de nuestras vidas al Derecho Internacional, que establece la base normativa de una humanidad libre de los flagelos que han lastrado su historia, no podemos admitir que un crimen de tan hondo alcance quede impune. La idea de justicia, que va forjándose en la conciencia de la comunidad internacional, exige que el derecho, la diplomacia y la solidaridad sustituyan al uso de la fuerza, al imperialismo y a una criminalidad económica que va del soborno y la corrupción a los paraísos fiscales. Destruir un estado y sumir a su población en la desgracia y el caos no puede resultar, de ningún modo, una acción gratuita.

Está claro que el derecho, como instrumento de ingeniería social, constituye un deber ser al que tiende cualquier sociedad, que, partiendo de una realidad alejada de los cánones que los principios y normas establecen, se propone alcanzar objetivos de armonía, libertad y justicia, que se vislumbran en el trabajo colectivo de las instituciones del sistema de las Naciones Unidas<sup>281</sup>. Como tal, los incumplimientos forman parte de su naturaleza ontológica y lo distinguen de la física, el reino del ser en el que las leyes se cumplen necesariamente o dejan de ser leyes.

Pero, en derecho, los incumplimientos —aunque previsibles— comportan una responsabilidad. La física no tiene normas secundarias (en la acertada terminología de Hart o de Ago); no las necesita. Un sistema jurídico no solo no es tal si no las establece y sanciona, sino que depende fundamentalmente de su existencia y eficacia. Sin responsabilidad no existe sistema jurídico internacional que pueda merecer el nombre de ordenamiento jurídico, ni —lo que es más importante— cumplir su función social.

---

<sup>279</sup> En Bagdad se detectaron niveles de radiación mil cuatrocientas veces superiores a los normales en espacios públicos urbanos (cfr. Kleffner, McDonald, Toebes, 2008).

<sup>280</sup> Cfr. COE (2007): “Détentions secrètes et transferts illégaux de détenus impliquant des Etats membres du Conseil de l’Europe: second rapport”, Assemblée parlementaire: Commission des questions juridiques et des droits de l’homme, 11 juin 2007 [en línea <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc07/fdoc11302.pdf>, citado 27 may 12].

<sup>281</sup> Como la comunidad internacional lo hizo al formular los objetivos del milenio.

Está claro que la agresión y ocupación de Iraq constituyó un hecho ilícito de la mayor gravedad. Por ello, es aplicable el capítulo III sobre titulado “Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho Internacional general” recogido en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, cuyo artículo 40 establece acerca de la aplicación del capítulo:

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de Derecho Internacional general.
2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.

Como señalaba la CDI en su comentario al artículo 40: “Among these prohibitions, it is generally agreed that the prohibition of aggression is to be regarded as peremptory”.

La exigencia de responsabilidad jurídica es una consecuencia de la lucha contra la impunidad y a favor de devolver la dignidad a las víctimas. Para que los derechos humanos gocen de una protección eficaz han de entenderse como derechos subjetivos garantizados por el ordenamiento. La definición del derecho subjetivo como un “interés jurídicamente protegido” puede encontrarse en la obra de Rudolf von Jhering<sup>282</sup>, quien afirmaba que “el derecho representa la garantía de las condiciones de vida de la sociedad, aseguradas por el poder coactivo del Estado; condiciones de vida que han de tomarse en sentido subjetivo”<sup>283</sup>.

También en opinión de von Jhering, “es el lenguaje que el sentimiento del derecho herido hablará siempre en todos los lugares y en todos los tiempos; la fuerza, la inflexibilidad de la convicción de que el derecho tiene que ser siempre derecho”<sup>284</sup>.

Esta idea del derecho como instrumento de ordenación y de desarrollo social subyace en la conmovedora —e idealizada— invocación del derecho de Victor Hugo como vehículo de introducción, mantenimiento y desarrollo de los valores sociales, tendiendo a identificar el derecho, en sentido abstracto, con la idea de justicia, así:

La Revolución de Julio es el triunfo del derecho derrocando un hecho; una cosa llena de esplendor. El derecho derrocando el hecho; de aquí proviene el esplendor de la revolución de 1830, y de aquí también su mansedumbre; el derecho que triunfa no tiene necesidad de ser violento. El derecho es lo justo y lo verdadero. El carácter del derecho es permanecer eternamente bello y puro; el hecho, aun el más necesario en apariencia, aun el mejor aceptado por los contemporáneos, si no existe sino como hecho, si no contiene en sí más que un poco o nada de derecho, está destinado infaliblemente a ser, con el tiempo, deforme, inmundo y quizá monstruoso<sup>285</sup>.

---

<sup>282</sup> Cfr. Jhering, 1985: 60; Jhering, 1985: 90; Bleckmann, 1985: 147.

<sup>283</sup> Hernández Gil, 1988: 133.

<sup>284</sup> Jhering, 1957: 104.

<sup>285</sup> Hugo, 1998: 771-772.

## Bibliografia

- ABDULLAH, Thabith A. J. (2008): *Dictadura, imperialismo y caos: Iraq desde 1989*, Barcelona: Fundación Intermón Oxfam.
- AGO, Roberto (1980): "The internationally wrongful act of the State, source of international responsibility (part 1)". *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1: 13-86.
- ALLEN LARSON, David (2006): "Understanding the cost of the war against Iraq and how that realisation can affect international law". *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, vol. XIII, 2: 387-431.
- ALLIN, Dana H. y John ROPER (1998): "Facing realities in Kosovo". *The World Today*, vol. LIV, 4: 286-288.
- AL-SAMARAIE, Nasir Ahmed (2008): "Los iraquíes sumidos en la desesperación". *Revista del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 3 [en línea en [http://www.redcross.int/es/mag/magazine2008\\_3/26-27.html](http://www.redcross.int/es/mag/magazine2008_3/26-27.html), citado 27 may 12].
- AMANN, Diane M. (2007): "La justice militaire et les Juridictions d'exception aux Etats-Unis" en Élisabeth Lambert Abdelgawad (dir.): *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation*, París: Éditions des archives contemporaines.
- AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (1993): vol. LXXXVII: 157-159.
- ANDRUS, Beth y David WEISSBRODT (1988): "The right to life during armed conflict: disabled people's international v. United States". *Harvard International Law Journal*, vol. XXIX: 59.
- ÁLVAREZ, Jose E. (2006): "Torture and the War on Terror: torturing the law". *Case Western Reserve Journal of International Law*, 37: 175-179.
- ARENAS HIDALGO, Nuria (2009): "The international responsibility of EU in US "extraordinary renditions" of suspected terrorists" en Pablo A. Fernández Sánchez (ed.): *International Legal Dimension of Terrorism*, Leiden: Martinus Nijhoff.
- AREND, A. Clark y Robert J. BECK (1993): *International law and the use of force: Beyond the United Nations paradigm*, Londres-Nueva York: Routledge.
- BAKER, James A. y Lee H. HAMILTON (coords.) (2006): "The Iraq Study Group report", United States Institute of Peace [en línea en [http://media.usip.org/reports/iraq\\_study\\_group\\_report.pdf](http://media.usip.org/reports/iraq_study_group_report.pdf), citado 27 may 12].
- BBC News (2004, 17 sept): "Iraq war illegal, says Annan" [en línea en [http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle\\_east/3661134.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/3661134.stm), citado 27 may 12].
- BERMAN, Nathaniel (2004): "Privileging combat? contemporary conflict and the legal construction of war". *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. XLIII, 1: 15-72.
- BES, Clélie (2005): "Le droit international reconnaît-il le concept de guerre préventive?" en Rahim Kherad (dir.): *Les implications de la guerre en Iraq*, París: Pedone.
- BLECKMANN, Albert (1985): "The subjective rights in public international law". *German Yearbook of International Law*, vol. XXVIII: 144-162.
- BILMES, Linda y Joseph E. STIGLITZ (2006): "The economic costs of the Iraq War: an appraisal three years after the beginning of the conflict", NBER Working Paper Series: National Bureau of Economic Research [en línea en <http://www.nber.org/papers/w12054>, citado 27 may 12].

- y Joseph E. STIGLITZ (2008): *The three trillion dollar war. The true cost of the Iraq Conflict*, Nueva York: W. W. Norton.
- BOBBIO, Norberto (1980): *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia: Fernando Torres.
- BOIDEVAIX, Francine (1997): *Une diplomatie informelle pour l'Europe. Le Groupe de contact Bosnie*, París: Fondation pour les études de défense.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y Luigui CONDORELLI (2000): "Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenio de Ginebra: protección de los intereses colectivos". *Revista Internacional de la Cruz Roja* [en línea en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnw8.htm> citado 27 may 12].
- BOYD, Charles (1995): "Making peace with the guilty: the truth about Bosnia". *Foreign Affairs*, vol. LXXIV, 5: 22-38.
- BULL, Hedley (2005): *La sociedad anárquica: un estudio sobre el orden en la política mundial*, Madrid: Los Libros de la Catarata.
- CARAYON, Gaëlle (2007): "Torture in Iraq and the United Kingdom's indirect responsibility under CAT". *Essex Human Rights Review*, vol. IV, 2.
- CASSESE, Antonio (1985): "Article 1, paragraphe 2" en Jean-Pierre Cot y Alain Pellet (dirs.): *La Charte des Nations Unies*, París: Económica.
- (1989): "The international community's "legal" response to terrorism". *International and Comparative Law Quarterly*, 38: 598-599.
- CASTAÑEDA, Jorge (1995): *Obras Completas*, III t., México: Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, Secretaría de Relaciones Exteriores-El Colegio de México, t. III.
- CHESTERMAN, Simon (2005): "Just war or just peace after September 11: axes of evil and Wars against Terror in Iraq and beyond". *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. XXXVII, 2: 281-301 [en línea en [http://www.law.nyu.edu/ecm\\_dlv/groups/public/@nyu\\_law\\_website\\_\\_journals\\_\\_journal\\_of\\_international\\_law\\_and\\_politics/documents/documents/ecm\\_pro\\_059614.pdf](http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv/groups/public/@nyu_law_website__journals__journal_of_international_law_and_politics/documents/documents/ecm_pro_059614.pdf), citado 27 may 12].
- y Chia LEHNARDT (eds.) (2007): *From mercenaries to market: the rise and regulation of private military companies*, Oxford: Oxford University Press.
- (2008): "The UN Security Council and the rule of law", Institute for International Law and Justice: New York University School of Law-Federal Ministry for European and International Affairs [en línea en <http://www.adh-geneva.ch/RULAC/pdf/FINAL-Report-The-UN-Security-Council-and-the-Rule-of-Law.pdf>, citado 27 may 12].
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel; Montserrat PI LLORENS y Joan PIÑOL RULL (1991): *El principi de subsidiàritat i la seva aplicació a les entitats subestats: conseqüències en el desenvolupament de las Comunitats Europees*, Barcelona: IEA.
- CIPOLLA, Carlo M. (1998): *Allegro ma non troppo*, Barcelona: Grijalbo.
- COTTIER, Michael (2001): "Did NATO forces commit war crimes during the Kosovo conflict? Reflections on the prosecutor's report of 13 June 2000" en Horst Fischer, Claus Kress y Flavia Lattanzi: *International and national prosecutions of crimes under international Law. Current developments*, Berlin: Berlin Verlag.
- DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain y Nguyen QUOC DINH (1999): *Droit international public*, París: LGDJ.

- DAWKINS, Kristin y Patricia JUREWICZ (2004): *The treaty database: a monitor of u.s. participation in global affairs*, The Institute for Agriculture and Trade Policy [en línea en [http://www.acp-eu-trade.org/library/files/Jurewicz-P-and-Dawkins-K\\_EN\\_sep2004\\_IATP\\_the-treaty-database-us-participation.pdf](http://www.acp-eu-trade.org/library/files/Jurewicz-P-and-Dawkins-K_EN_sep2004_IATP_the-treaty-database-us-participation.pdf), citado 27 may 12].
- DELBRÜCK, Jost (1987): "Peace trough emerging international law" en Raymo Väyrynen (ed.): *The quest for peace. Transcending collective violence and war among societies, cultures and States*, Londres-Beberly Hills (California): International Social Science Council-Saga Publications.
- DELCOURT, Barbara y Eric REMACLE (1998): "Ex-Yougoslavie. L'Europe: véritable acteur ou simple figurant?" en Patrice Buffotot (dir.): *La défense de l'Europe. Les adaptations de l'après guerre froide*, París: La Documentation Française.
- DÖRMANN, Knut et al. (2004): "Expert meeting on the supervision of the lawfulness of detention during armed conflict" en *Expert meeting on the supervision of the lawfulness of detention during armed conflict*, 24-25 de julio de 2004, Geneva: The graduate Institute of International Studies (The University Centre for International Humanitarian Law) [en línea en [http://www.ruig-gian.org/ressources/communication\\_colloque\\_rapport04.pdf?ID=256&FILE=/ressources/communication\\_colloque\\_rapport04.pdf](http://www.ruig-gian.org/ressources/communication_colloque_rapport04.pdf?ID=256&FILE=/ressources/communication_colloque_rapport04.pdf), citado 27 may 12].
- DUDZIAK, Mary L. (2010): *Unlimited war and social change: unpacking the Cold War's impact* (University of Southern California Legal Studies Working Paper Series, Paper 69), University of Southern California Law School.
- DUPUY, Pierre-Marie (1984): "Le fait générateur de la responsabilité internationale des États". *Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye*, vol. CLXXXVIII: 9-133.
- ESTY, Daniel C. y Maria IVANOVA (2008): "Reclaiming U.S. leadership in global environmental governance". *SAIS Review of International Affairs*, vol. XXVIII, 2: 57-75.
- EVANS, Gared y Mohamed SAHNOUN (cords.) (2001): "The responsibility to protect", International Commission on Intervention and State Sovereignty [en línea en <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>, citado 27 may 12].
- FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel de (2005): "Ratio belli versus ratio iuris (sobre la guerra de Iraq)" en Ana Salinas de Frías, y Marina Vargas Gómez-Urrutia (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, II vol., Sevilla: Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones, vol. I.
- FALK, Richard (1985): "The interplay of Westfalia and Charter conceptions of international legal order", en Richard Falk, Friedrich Kratochwil y Saul Mendlovitz (eds.): *International Law. A Contemporary Perspective*, Boulder (Colorado): Westview Press.
- "Appraising the War against Afghanistan", Social Science Research Council [en línea en <http://essays.ssrc.org/sept11/essays/falk.htm> citado 27 may 12].
- FENTON, Paul (1996): "¿Porqué EE. UU. dejó de hacer cumplir el embargo de armas contra Bosnia en noviembre de 1994? Análisis del juego político interno". *Afers Internacionals*, 32: 129-145.
- FERRAJOLI Luigi (2006): "La soberanía en el mundo moderno" en Luigi Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Editorial Trotta.
- FIGÀ-TALAMANCA, Niccoló (1996): "The role of NATO in the peace agreement for Bosnia and Herzegovina". *European Journal of International Law*, 2: 167.



- FRANCK, Thomas M. (1988): "Legitimacy in international law". *American Journal of International Law*, vol. LXXXII.
- LEVET, Jean-Louis (2001, 20 nov): "Globalisme contre gouvernance mondiale", *Le Monde*, 6.
- GALÁN, Lola (1999, 1 may): "El ministro de Exteriores de Italia levanta la voz discordante", *El País*.
- GASSER, Hans-Peter (2004): "From military invitation to occupation of territory: new relevance of international law of occupation" en Horst Fischer et al. (eds.): *Crisis management and humanitarian protection: in honour of Dieter Fleck*, Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- GILL, Terry D. (2007): "The temporal dimension of self-defense: anticipation, pre-emption, prevention and immediacy" en Michael N. Schmitt y Jelena Pejicpp (eds.): *International law and armed conflict: exploring the faultlines. Essays in honour of Yoram Dinstein*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; Luis I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA (1990): *Curso de Derecho Internacional público*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.
- Luis I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA (2008): *Curso de Derecho Internacional público*, Pamplona: Aranzadi.
- GOODMAN, Amy (2006, 28 feb): "Interview with John Pace", Global Policy Forum [en línea en <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/168/37475.html>, citado 27 may 12].
- GRAHAM, Stephen (2005): "Remember Fallujah: demonising place, constructing atrocity", Guest Editorial for Environment and Planning D: Society and Space, Durham University [en línea en <http://dro.dur.ac.uk/188/1/188.pdf>, citado 27 may 12].
- GREENWALD, Robert (prod. / dir.) (2006): *Iraq for sale: the war profiteers*, Estados Unidos: Bravenew Films.
- GREENWOOD, Christopher (2002): "International law and the 'War against Terrorism'". *International Affairs*, vol. LXXVIII, 2: 301-317.
- (2004): "War, terrorism and international law". *Current Legal Problems*, vol. LVI: 505-529.
- GREVI, Giovanni (2009): *The interpolator world: a new scenario*, París: The European Union Institute for Security Studies.
- GROS ESPIELL, Héctor (1976): "En torno a la libre determinación de los pueblos". *Anuario de Derecho Internacional*, 3.
- (2003): "La prevención de los conflictos bélicos en el Derecho Internacional actual. Las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 3: 178-179.
- (2004): "La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Iraq", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* [en línea en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20042/pr/pr21.pdf>, citado 27 may 12].
- GUILLAUME, Gilbert (1991): "Article 2, paragraphe 7", en Jean-Pierre Cot y Alain Pellet (dirs.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, París: Economica.
- HEGEL, Georg W. F. (1999): *Principios de la filosofía del derecho*, Barcelona: Edhasa.

- HENDERSON, Christian (2009): "The use of force after the "War on Terror": a call for an Obama doctrine". Jurist: University of Pittsburg School of Law [en línea en <http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2009/10/use-of-force-after-war-on-terror-call.php>, citado 27 may 12].
- HENKEL, Heinrich (1968): *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid: Taurus Ediciones.
- HENZELIN M. (2004): "Statut de combattants et privation de liberté" en Karine Bannelier *et al.* (dirs.): *L'intervention en Iraq et le droit international*, París: Pedone.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1988): *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid: Espasa Libros.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. (2008): "Iraq y Afganistán: una comparación desde el Derecho Internacional", Fundación Real Instituto Elcano [en línea en [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari10-2008](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari10-2008), citado en 27 may 12].
- HOMI KAIKOBAD, Kaiyan (2005): "Problem of belligerent occupation: the scope of powers exercised by the Coalition Provisional Authority in Iraq, April/May 2003-June 2004". *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. LIV, 1: 253-264.
- HOOGH, Andre de (1996): *Obligations erga omnes and international crimes*, La Haya: Kluwer International Law.
- HUGO, Victor (1998): *Los miserables*, Barcelona: Planeta.
- HUNTINGTON, Samuel P. (1993): "The clash of civilizations?". *Foreign Affairs*, vol. LXXII, 3: 22-49.
- HÜRNER, R. G. (1997): "Kosovo after the Dayton Agreement". *Studia Diplomatica*, vol. I: 71-77.
- ILM (1999): vol. XXXVIII: 24-27.
- JAHANBEGLOO, Ramin (1993): *Isaiah Berlin en diálogo con Ramin Jahanbegloo*, Madrid: Anaya & Mario Muchnik.
- JHERING, Rudolf von (1957): *La lucha por el derecho*, Puebla (México): Editorial Cajica.
- \_\_\_\_ (1985) *La lucha por el derecho*, Madrid: Civitas Ediciones.
- \_\_\_\_ (2005): *Espíritu del Derecho Romano*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1980), *El Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid: Editorial Tecnos.
- \_\_\_\_ (1991): *Introducción al derecho*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- KALECK Wolfgang (dir.) *et al.* (2007): *International prosecution of human rights crimes*, Berlín-Nueva York: Springer Verlag.
- KATSHUNG JOSEPH, Yav (2004): "Prosecution of grave violations of human rights in light of challenges of national courts and the International Criminal Court: the Congolese dilemma", Catholic University of Central Africa [en línea en [http://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/1122/yav%20katshung\\_j\\_1.pdf?sequence=1](http://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/1122/yav%20katshung_j_1.pdf?sequence=1), citado 27 may 12].
- KELSEN, Hans (1951): *The law of the United Nations*, Londres: Stevens & Sons.
- \_\_\_\_ (1971): *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba.
- \_\_\_\_ (1979): *Teoría general del derecho y del Estado*, México: Universidad Autónoma Nacional de México.



KEESING'S (1994).

KLEFFNER, Jann; Avril K. McDONALD y Brigit TOEBES (eds.) (2008): *International law and depleted uranium weapons: a precautionary approach*, La Haya: TMC Asser Press.

KOLB, Robert (2008): "L'occupation en Iraq depuis 2003 et les pouvoirs du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies". *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. xc, 869: 29-50 [en línea en [http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/irrc-869\\_kolb-fre.pdf](http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/irrc-869_kolb-fre.pdf), citado 27 may 12].

KOSKENNIEMI, Martti (2004): "Perceptions of justice: of walls and bridges between Europe and the United States", University of Helsinki: The Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights [en línea en <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MHeidelberg.pdf>, citado 27 may 12].

KOOIMAN, Jan (1993): "Findings, speculations and recommendations" en Jan Kooiman (ed.): *Modern governance; new government-society interactions*, Londres: Sage.

KRAMER, Ronald C. y Raymond J. MICHALOWSKI (2005): "War, aggression an State crime. A criminological analysis of the invasion and occupation of Iraq". *British Journal of Criminology*, vol. xlv, 4: 446-469.

KRISCH, Nico (2004): *Imperial international law* (NYU Global Law Working Paper 01/04), Nueva York: New York University School of Law.

KUNZMANN, Katharina (2003): "Reconstructing Iraq and who pays: is there an international responsibility to reconstruct a country destroyed by war?". *German Law Journal*, vol. iv, 7: 725-733.

LANE, Charles; Josh WHITE y Julie TATE (2006, 28 ago): "Homicide charges rare in Iraq War. Few Troops tried for killing civilians", *The Washington Post*, A01.

LARSON, David A. (2006): "Understanding the cost of the war against Iraq and how that realisation can affect international law". *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, vol. xiii, 2: 387-431

LAUTERPACHT, Hersch (1966): *The function of law in the international community*, Hamden (Connecticut): Archon Books.

LEVET, Jean-Louis (2001, 20 nov): "Globalisme contre gouvernance mondiale", *Le Monde*, 6.

MANACORDA, Stefano (2007): "Introduction aux travaux, entre la guerre et la paix: le droit pénal en quête de sa place" en *15<sup>ème</sup> Congrès international de Défense Sociale*, 20-22 de septembre de 2007, Toledo: Société Internationale de Defense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste [en línea en <http://www.defensesociale.org/xvcongreso/ponencias/StefanoManacorda.pdf>, citado 27 may 12].

MARÍN LUNA, Miguel A. (1984): "Introducción" en Miguel A. Marín Luna (ed.): *Carta de les Naciones Unides i Estatut de la Cort Internacional de Justícia*, Barcelona: Bosch.

MÁRQUEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del Carmen (1995): "La prohibición del recurso a la fuerza en el marco actual de las Naciones Unidas" en Pablo A. Fernández Sánchez (coord.): *La ONU 50 años después*, Sevilla: Universidad de Sevilla.

MOORE, John B. (1906): *A digest of international law*, viii vol., Washington: United States Government Printing Office, vol. ii.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (1997): "Capítulo III: reflexiones sobre los sujetos de las infracciones penales económicas" en Fernando Mariño Menéndez (dir.): *Informe del segundo seminario sobre las violaciones a los derechos económicos, sociales y cul-*

- torales, la impunidad de sus autores y la necesidad de la prevención, la sanción y la reparación de dichas violaciones*, 15 y 16 de abril de 1997, Madrid: Asociación Americana de Juristas y Centro Europe-Tiers Monde.
- O'CONNELL, Mary E (2002): "The myth of preemptive self-defense". *ASIL Task Force Papers*, American Society of International Law [en línea en <http://www.asil.org/task-force/oconnell.pdf>, citado 27 may 12].
- (2005): "When is a war not a war? The myth of the Global War on Terror". *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. xii, 2 [en línea en [http://www.pegc.us/archive/Articles/O%27Connell\\_22\\_ILSA\\_J\\_Intl\\_Comp\\_L\\_2005.pdf](http://www.pegc.us/archive/Articles/O%27Connell_22_ILSA_J_Intl_Comp_L_2005.pdf), citado 27 may 12].
- OLIVECRONA, Karl (1939): *Law as fact*, Londres: Oxford University Press, London.
- OSBURN, C. Dixon (2011): "The world accountability for Bush and Rumsfeld", *Human Rights First* [en línea en <http://www.humanrightsfirst.org/2011/02/08/the-world-of-accountability-for-bush-rumsfeld/>, citado 27 may 12].
- PACE, John P. (2008): "Human rights in Iraq's transition: the search for inclusiveness". *International Review of the Red Cross*, vol. xc, 869: 110 [en línea en [http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-869\\_pace.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-869_pace.pdf), citado 27 may 12].
- PARRY, Clive (1973): "I. Función del derecho en la comunidad internacional" en Max Sorensen: *Manual de Derecho Internacional público*, México: Fondo de Cultura Económica.
- PASTOR RIDRUEJO, José A. (2001): *Curso de Derecho Internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid: Editorial Tecnos.
- (2003): *Curso de Derecho Internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid: Editorial Tecnos.
- PATEL, Mayur (2004): "The legal status of coalition forces in Iraq after the June 30 handover". *ASIL Insights*, [en línea en <http://www.asil.org/insigh129.cfm>, citado 27 may 12].
- PAUST, Jordan J. (2005): "Executive plans and authorizations to violate international law concerning treatment and interrogation of detainees". *Columbia Journal of Transnational Law*, 43: 811 y ss.
- PELLET, Alain (1996): "Remarques sur une révolution inachevée: le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États". *Annuaire Français de Droit Internationale*, vol. XLII: 7-32.
- PESCATORE, Pierre (1970): "L'apport du droit communautaire au droit international public", *Cah. Dr. Eur.*, 5: 502-507.
- (1972): *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des communautés européennes*, Ginebra: Sijthoff-Leiden-Institut Universitaire de Hautes Études Internationales.
- PETERS, Guy y John PIERRE (1998): "Governance without government? Rethinking Public Administration". *Journal of Public Administration Research and Theory*, vol. viii, 2: 223-243.
- PETTIFER, James (1999): "Macedonia rejects Milosevic". *The World Today*, vol. li, 1.
- PHILBIN, Patrick y John YOO (2005): "Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense: possible habeas jurisdiction over aliens held in

- Guantánamo Bay, Cuba" en Joshua Dratel y Karen Greenberg (eds.): *The torture papers: the road to Abu Ghraib*, Nueva York: Cambridge University Press.
- POPOVSKI, Vesselin y Ramesh THAKUR (2008): "The responsibility to protect and prosecute: the parallel erosion of sovereignty and impunity". *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2007*, vol. i: 38-61.
- POSNER, Richard A. (1998): *El análisis económico del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica.
- POZO SERRANO, Pilar (2001): "La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto LaGrand". *Anuario de Derecho Internacional*, vol. xvii: 443-473.
- RANUCCI, Sigfrido y Maurizio TORREALTA (prods. / dirs.) (2005): *Faluya, la masacre escondida*, Italia: RAI News 24.
- RAVENEL, Bernard (1990): *Méditerranée, le nord contre le sud?*, París: L'Harmattan.
- RECASENS SICHES, Luis (1972): *Introducción al estudio del derecho*, México: Porrúa.
- REMIRO BROTONS, Antonio (1995): "Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional" en Francisco Aldecoa Luzarraga (coord.): *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1994*, Madrid: Editorial Tecnos-Universidad del País Vasco.
- REVUE GÉNÉRALE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (1996): t. c, 2: 862.
- ROBERTS, Adam (2005): "The end of occupation in Iraq (2004)". *International and Comparative Law Quarterly*, vol. liv, 1: 27-48.
- (2006): "Transformative military occupation: applying the laws of war and human rights", *American Journal of International Law*, vol. c, 3: 580-622.
- ROTH, Ken (2004): "War in Iraq: not a humanitarian intervention". *World Report* (Human Rights Watch).
- ROY, Joaquín (2000): *Cuba, the United States and the Helms-Burton doctrine*, Gainesville: University Press of Florida.
- SACHIL, Jeremy (2007): *Blackwater: the rise of the world's most powerful mercenary army*, Nueva York: Nation Books.
- SALMON, Jean (dir.) (2001): *Dictionnaire de droit international public*, Bruselas: Bruylant.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I. (2005): "Poder imperial y Derecho Internacional. La pax americana" en Ana Salinas de Frías y Marina Vargas Gómez-Urrutia (coords.): *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, II vol., Sevilla: Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones, vol. II.
- SÁNCHEZ, Gonzalo (2011): "WikiLeaks: el Gobierno de España sigue apoyando a EE. UU. en la guerra de Iraq", Tercera información [en línea en <http://www.tercerainformacion.es/spip.php?article21263>, citado 27 may 12].
- SANDS, Philippe (2005): "Lawless world: international law after September 11, 2001 and Iraq". *Melbourne Journal of International Law*, vol. vi, 2: 437-458 [en línea en <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2005/15.html#fnB14>, citado 27 may 12].
- SASSÒLI, Marco (2002): "La responsabilidad del Estado por las violaciones del Derecho Internacional humanitario". *Revista Internacional de la Cruz Roja*, [en línea en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tecbox.htm>, citado 27 may 12].
- (2005): "Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers". *European Journal of International Law*, vol. xvi, 4: 661-694.

- SELLARÉS SERRA, Jordi (1997): "Nota sobre la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996*, más conocida como Ley Helms-Burton". *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. xcvi, 1: 53-70.
- SCHULTZ, Nikolaus (2005): "Was the war on Iraq illegal?-The German Federal Administrative Court's judgement of 21st June 2005". *German Law Journal*, vol. vii, 1: 25-44.
- SHEARER, Ivan (2007): "A revival of the just war theory?" en Michael N. Schmitt y Jelena Pejicpp (eds.): *International law and armed conflict: exploring the faultlines. Essays in honour of Yoram Dinstein*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff.
- SHELTON, Dinah: "The right to a remedy. Commentary on the article 8" en *FIDEH-USA-Universal Declaration on Human Rights. Comments and articles, initiative '98*. Commemorating a half century of commitment to human rights.
- SINGER, Peter W. (2003): *Corporate warriors: the rise of the privatized military industry*, Ithaca (Nueva York): Cornell University Press.
- (2005): "Outsourcing war", the Brookings Institution: Foreign affairs [en línea en [http://www.brookings.edu/articles/2005/0301usdepartmentofdefense\\_singer.aspx](http://www.brookings.edu/articles/2005/0301usdepartmentofdefense_singer.aspx), citado 27 may 12].
- TALMON, Stefan (2008): "A Plurality of responsible actors: international responsibility for acts of the Coalition Provisional Authority in Iraq" en Phil Shiner y Andrew Williams (eds.): *The Iraq War and international law*, Oxford: Hart Publishing.
- TAVERNIER, Paul (2005): "La question de la légalité du recours à la force par les États-Unis contre l'Iraq", en Rahim Kherad (dir.), *Les implications de la guerre en Iraq*, París: Pedone.
- TAYLOR, Clare: "The (in)compatibility of international law with contemporary occupations", *Global Politics* [en línea en <http://www.global-politics.co.uk/issue2/occupation%20law%20article.htm>, citado 27 may 12].
- TIGROUDJA, Héléne (2004): "Le régime d'occupation en Iraq". *Annuaire Français de Droit Internationale*, vol. l: 79-101.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio (1994): *La sociedad internacional*, Madrid: Alianza Editorial.
- VAÏSSE, Maurice (1994): *Les relations internationales depuis 1945*, París: Armand Colin.
- VERDROSS, Alfred von (1938): "Les principes généraux de droit applicables aux rapports internationaux". *Revue Générale de Droit International Public*, vol. xlv.
- VERNET, Daniel (1995): "Le groupe de contact: retour des grandes puissances en Europe?". *Relations internationales et stratégiques*, 19.
- VEUTHEY, Michel (1983): *Guérilla et droit humanitaire*, Ginebra: CICR.
- WELLENS, Karel C. (1994): "Diversity in secondary rules and the unity of international law: Some Reflections on Current Trends". *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. xxv: 3-37.
- WEERAMANTRY, Christopher G. (1995): "Access to information: a new human right. The right to know". *Asian Yearbook of International Law*, vol. iv: 99-126.
- WHYTE, Dave (2006): "The corporate plunder of Iraq", Countercurrents [en línea en [http://www.iraqsolidaridad.org/2006/docs/econ\\_14-02-06.html](http://www.iraqsolidaridad.org/2006/docs/econ_14-02-06.html), citado 27 may 12].
- WILDHABER, Luzius (1983): "Sovereignty in international law" en Douglas M. Johnston y Ronald Macdonald (eds.): *The structure and process of international law. Essays on legal philosophy, doctrine and theory*, La Haya: Martinus Nijhoff.

# Las bombas de racimo: un nuevo tratado de prohibición

GONZALO JAR COUSELO

General de la Guardia Civil

Miembro del CEDIH de Cruz Roja Española

SUMARIO: I. Definición y consideraciones generales. II. Iraq, el Líbano e Israel. III. Las bombas de racimo y el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. IV. La creación de la Coalición contra las Bombas de Racimo: el proceso de Oslo. V. La posición de España ante el proceso. VI. Similitudes entre los procesos de Ottawa y Oslo. VII. La firma del tratado.

## I. Definición y consideraciones generales

La primera cuestión que se plantea a la hora de abordar la problemática de este tipo de armas es la variedad de términos que se emplean indistintamente para referirse a las mismas. Así, se habla de *municiones racimo* (*cluster bombs*), *submuniciones*, *bombas de fragmentación*, *bombas de dispersión* o, el más común y restringido, *bombas de racimo*, que será el utilizado a lo largo de este trabajo.

Estos artefactos se consideran proyectiles con cartuchos metálicos de caída libre o dirigida que contienen cientos de pequeñas submuniciones explosivas —cada una de las cuales mide 10 cm—, también llamadas *bombetas*, que se lanzan desde el aire (en cuyo caso contienen más de seiscientos unidades) o desde piezas de artillería (disponiendo de hasta sesenta). En teoría, están diseñadas para explosionar antes de llegar a tierra, al impactar contra el terreno o un objeto, o tras un lapso de tiempo prefijado, con el fin de inutilizar amplias zonas de terreno mediante la dispersión de forma incontrolada de dichos artefactos, lo que hace imposible distinguir entre objetivos militares y civiles, por lo que técnicamente algunos las definen como “bombas para ser utilizadas en ataques por saturación de área”.

Aunque las bombas de racimo están diseñadas para matar soldados y dañar las armas enemigas, lo que suele ocurrir en la práctica, de ahí su perversión, es que muchas de ellas, dispersas por el terreno, no explotan según lo previsto y permanecen allí como una amenaza mortal hasta que son manipuladas —según la ONG Handicap

International, entre el 5 % y el 40 % no explotan con el primer impacto—, convirtiendo la zona de colisión en un verdadero campo de minas, lo que incrementa el riesgo para la población civil. Según los expertos, se trata de las armas “más traidoras” de nuestro tiempo, debido al peligro mortal que suponen para la población civil, pues, como señala el presidente del CICR, Jakob Kellenberger, “son armas que no dejan nunca de matar” y que al no distinguir entre civiles y combatientes, se convierten en armas que contravienen directamente las Convenciones de Ginebra. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en un informe que publicó sobre las bombas de racimo como amenaza para la población civil, además de alertar sobre las consecuencias directas de las mismas en número de muertes, se señalaban otro tipo de impactos como las heridas físicas y psicológicas de los supervivientes, o el problema de la dificultad en el acceso a la tierra que, a su vez, impide la generación de actividades productivas y el desarrollo en general.

Según diversas estimaciones, el número de víctimas mortales causadas a nivel mundial por las bombas de racimo oscila entre 56 218 y 64 982, de las cuales 275 eran militares, 3 906 desconocidos y el resto fueron identificadas como civiles. En concreto, Handicap Internacional las cifra en torno a cien mil en los últimos treinta años, de las que el 98 % eran civiles, de los cuales un 27 % eran menores de edad. Como apunta Rodríguez-Villasante y Prieto, director del CEDIH, “las personas civiles sufren intensamente durante los conflictos. Es inaceptable que deban seguir padeciendo los efectos del empleo de estas armas años después del fin de las hostilidades”.

Antes de iniciarse el proceso aquí analizado, distintas fuentes aseguraban que 59 empresas de 34 países fabricaban hasta 210 tipos de bombas de racimo o sus componentes. Cabe destacar que la mitad de estas compañías están situadas en Europa (incluido España) y ocho en Estados Unidos y que dichas armas que se han utilizado, hasta el momento, en 30 países. Katherine Stapp, colaboradora de la organización Tierramérica, subrayaba que, a pesar de que 77 países contaban con *stocks* de bombas de racimo en sus almacenes —en especial Estados Unidos, que en 2005 tenía unas existencias cercanas a los 730 millones de submuniciones, Rusia y China—, la mayor parte de las cuales se están tornando obsoletas y resultan cada vez menos fiables, y de que algunos de esos países hacen oídos sordos a los llamamientos a favor de una regulación de las mismas y rechazan una moratoria, no deja de crecer la presión internacional en contra de su uso.

Las bombas de racimo fueron utilizadas por primera vez por Alemania y la URSS en 1943 durante la segunda guerra mundial, con el objetivo de frenar el avance de ejércitos formados por multitud de unidades y, desde entonces, se han empleado diferentes variantes en 31 conflictos armados, desde Vietnam a Laos, Kosovo, Iraq, Afganistán, Líbano hasta, más recientemente, Georgia, Sri Lanka o Gaza, calculándose que, en este período, se han utilizado alrededor de 440 millones de bombas de racimo. La experiencia del sudeste de Asia es una prueba de que este problema se prolonga durante décadas ya que muchas todavía siguen explotando, como fue el caso de Laos donde, según el informe “Fatal Footprint” de Handicap International, se llegan a identificar alrededor de seis mil víctimas debidas a unos dos millones de bombas de racimo lanzadas en entre 1964 y 1973, cifras que otras estadísticas sugieren podrían



ser mucho más elevadas. En Vietnam, el Ministerio de Asuntos Sociales cifra en más de treinta mil las víctimas provocadas por esas armas.

Mientras el coordinador de actividades relativas a las minas del CICR, Ben Lark, explicaba que, para muchas fuerzas armadas, las bombas de racimo, son muy rentables, al ser relativamente sencilla su producción, puesto que “pueden producirse en gran cantidad y permiten de manera bastante fácil plagar una zona determinada con artefactos explosivos”, el jefe de la Unidad de Armas de dicha organización, Peter Herby, resaltaba la paradoja que puede suponer el que estas armas puedan ser también utilizadas por las fuerzas militares internacionales que intervienen “en nombre de causas humanitarias y de protección de la población”. Por su parte, las ONG denuncian que su uso ya no tiene sentido en los conflictos actuales y que sus principales víctimas acaban siendo siempre la población civil.

## II. Iraq, el Líbano e Israel

Stapp recordaba que, entre las bombas de racimo más peligrosas estaban las municiones de efectos combinados (BLU-97), muy usadas en Afganistán e Iraq por la Fuerza Aérea de Estados Unidos, y las municiones convencionales mejoradas de doble propósito (Se la conoce como DPICM por las siglas de la denominación en inglés *Dual-Purpose Improved Conventional Munition*), empleadas también por los estadounidenses en Iraq. Por su parte, Virgil Wiebe, asesor legal del Comité Central Menonita, uno de los grupos más activos a favor de la moratoria, declaraba que “la guerra en Iraq agudizó la necesidad de actuar” contra las bombas de racimo, ya que “más de un millar de iraquíes resultaron heridos o muertos por submuniciones durante el bombardeo de su país”, añadiendo que “es cada vez más claro que algunos tipos de bombas de racimo simplemente deberían ser prohibidas. Es muy frecuente que no estallen y creen pequeños campos minados que tendrán víctimas civiles”, a menudo niños. Precisamente, sobre los efectos de esas armas en dicho país, Human Rights Watch había hecho público un informe, en diciembre de 2003, al que Washington “no ha dado respuesta oficial” y en el que se estableció que las bombas de racimo habían causado más víctimas civiles que ningún otro factor durante el período de guerra convencional en Iraq.

Aun cuando el jefe del Estado Mayor Conjunto estadounidense, el general Richard Myers, aseguraba, en abril de 2003, que había “solo un caso registrado de daño colateral debido a bombas de racimo”, según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, por sus siglas en inglés, United Nations Children’s Fund), los niños heridos en Iraq por explosiones tardías habían sido más de mil desde el fin de la invasión y la ONG británica Iraq Body Count había documentado por lo menos doscientas muertes de civiles en dicho país causadas por este arma. Asimismo, el 31 de marzo de 2003, un ataque estadounidense con las mencionadas armas contra la ciudad de Al Hilla dejó un saldo de 33 civiles muertos y otros 109 heridos, por lo que el portavoz de Iraq Body Count, John Sloboda, tras destacar la necesidad de que los medios de comunicación social se debían ocupar en mayor grado de este problema, denunciaba que es “una terrible vergüenza que solo unos pocos parlamentarios británicos aboguen de vez en cuando por la prohibición de las bombas de racimo”.

Tanto Washington como Londres alegaban que las bombas de racimo eran armas de guerra legítimas y que, en los últimos años, habían desarrollado una nueva generación que, según decían, era mucho más certera, con efectos tardíos tan solo en menos de un 1 % de los casos. Douglas Karas, portavoz del Pentágono, aseguraba que la fuerza aérea de su país había usado en Iraq bombas de racimo “muy certeras”, diseñadas para “funcionar contra blancos previstos” y no diseminar municiones si no los alcanzaban. Sin embargo, otras preguntas sobre víctimas civiles y la posible propuesta de moratoria no fueron respondidas por Karas ni por otros funcionarios del departamento consultados al efecto.

Sin embargo, en el informe ya citado de Human Rights Watch sobre las tácticas militares usadas por los dos aliados durante la guerra, se afirmaba que el uso de bombas de racimo en zonas densamente pobladas contribuyó a aumentar, de manera significativa, el número de víctimas civiles, que en multitud de ocasiones pudieron haberse evitado, ya que un número elevado de ataques aéreos “no se hicieron tomando muchas precauciones”. El portavoz de la citada ONG, Marc Garlasco, denunciaba que se habían utilizado tácticas “muy cuestionables” y que gran parte de las bombas de racimo lanzadas —10 782, que contenían 1 800 000 submuniciones— no llegaron a estallar, convirtiéndose en minas potenciales.

En el caso del conflicto del Líbano, la ONU calculaba que, hasta el 1 de septiembre de 2006, las Fuerzas armadas israelíes habían esparcido en el sur del país entre dos y tres millones de bombas de racimo —Israel reconoció haber disparado 1 800 proyectiles que transportaban 1 200 000 bombas de racimo—, de las cuales unas cien mil seguían activas, la mayoría de ellas (un 90 %) lanzadas durante las últimas 72 horas de la guerra entre Israel e Hizbulá. Esta guerrilla también había lanzado bombas de racimo a través de sus cohetes Katiuskhas sobre la zona norte de Israel, por lo que es frecuente encontrarse, todavía hoy, con el acceso prohibido a determinadas zonas y se recomienda no salir del margen de muchas carreteras. Una vez declarado el alto el fuego, todos esos restos de armamento se convirtieron en una de las mayores amenazas para las tropas de la Fuerzas Provisionales de Naciones Unidas en el Líbano (FPNUL), incluidos los 1 100 soldados españoles, y la población civil en la zona, artefactos que habían provocado ya la muerte de 30 civiles y 191 heridos por la acción de este tipo de armamento. Así, en octubre de 2006, se habían eliminado 4 500 bombas de racimo, al tratarse de un procedimiento dolorosamente lento, por lo que las autoridades calculaban que les llevaría unos 15 meses finalizar la tarea de limpiar la región.

El periódico israelí *Haaretz* publicaba, el 12 de septiembre de 2006, un artículo anónimo donde se citaba al jefe de una unidad de cohetes en el Líbano que criticaba la decisión de usar bombas de racimo, que pronunciaba las siguientes palabras: “Lo que hemos hecho es demencial y monstruoso, hemos cubierto pueblos enteros de bombas de racimo”. Además, todos los esfuerzos para conseguir que las autoridades israelíes explicasen la razón por la que se usaron estas armas resultaron vanos, y sus portavoces remitían con sus respuestas a breves declaraciones oficiales que sostenían que todo se había hecho “conforme a la legalidad internacional”. Si bien los expertos militares consideraban que las bombas de racimo eran armas legales muy eficaces si se dirigían contra objetivos militares, funcionarios de la ONU y miembros de AI y Human Rights Watch, opinaban que no siempre era así, toda vez que consideraban difícil dirigir las



con precisión exclusivamente contra blancos militares. En ese sentido, criticaban a Israel por haber lanzado la mayoría de las bombas de racimo al final de la guerra, cuando el CS de la ONU negociaba ya la resolución del conflicto.

El Departamento de Estado envió al Congreso, en enero de 2007, un informe preliminar en el que se indicaba el posible uso ilegal de bombas de racimo por parte de Israel, y su portavoz, Sean McCormack, tras comprobar los efectos que dichas armas habían producido sobre la población civil una vez finalizado el conflicto y tras advertir que “esto no es un juicio definitivo”, declaraba que “hubo posibles violaciones” del citado acuerdo. Por el contrario, el portavoz de la Embajada de Israel en Washington, David Siegel, tras recordar el derecho de su país a utilizar las armas con arreglo a las leyes internacionales, subrayaba que “ejercemos nuestro derecho a la defensa propia”.

A raíz de que se conociese el mencionado informe, Human Rights Watch instaba a Estados Unidos a dejar de exportar ese tipo de munición a Israel, razón por la que el periódico *The New York Times* señalaba que el primer estado estaba estudiando la posibilidad de aplicar sanciones contra el segundo porque estas armas se consideran de efectos indiscriminados (que pueden causar la muerte de civiles), lo que supone una violación grave del Derecho Internacional humanitario. Para contrarrestar la acusación de la ONU a Israel de haber hecho un uso “inmoral” de estos explosivos durante las últimas horas del conflicto, una investigación de las Fuerzas armadas israelíes insistía, en diciembre de 2007, que la utilización de los mismos había sido “legal y conforme al Derecho Internacional”.

Por su parte, la Comisión Winograd hacía público su informe, el 30 de enero de 2008, sobre la gestión de esa última guerra, en el que recomendaba que las fuerzas armadas no debían volver a disparar bombas de racimo, lo que suponía un duro golpe a los argumentos del Gobierno israelí, que había esgrimido, contra el criterio de los organismos internacionales de derechos humanos, que las bombas de racimo eran una munición legal e insistía en la legitimidad de las acciones de guerra emprendidas. Según ese informe, los proyectiles estaban compuestos por miles de pequeñas bombas que “se diseminan sobre una gran extensión y la desactivación completa de las pequeñas cargas explosivas que dispersan, del tamaño de un teléfono móvil, se ignora cuándo concluirá. Algunas de ellas no explotan y pueden causar daños por un largo periodo de tiempo”, añadiendo que “el modo en que se utilizaron no es conforme a la legislación internacional”. De cara al futuro, la comisión consideraba conveniente que, a la luz del Derecho Internacional, “elementos no militares” asesorasen a los militares sobre el uso de ciertas armas.

Alcalde considera que el bombardeo del Líbano por Israel acabó ayudando a la causa de la lucha contra las bombas de racimo y tuvo, sin duda, una relevancia extraordinaria, como lo manifestó Jody Williams en Oslo, el día 21 de febrero de 2007, en su discurso ante diversas ONG, representantes de Gobiernos y medios de comunicación social, al agradecer de manera irónica el uso que había hecho Israel de las bombas de racimo: “Thanks Israel”. Para Alcalde, si se aplican “términos contrafactuales”, podría incluso afirmarse que, en caso de no haber existido la guerra del Líbano, probablemente la conferencia de Oslo no hubiese tenido lugar y que, de cualquier manera, lo ocurrido en ese conflicto había acelerado el proceso de negociación sobre las bombas de racimo.

### **III. Las bombas de racimo y el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja**

Si bien las medidas nacionales se consideraban pasos importantes en la senda hacia un consenso internacional, no cabía ninguna duda de que existía una clara necesidad de un nuevo instrumento legal en el ámbito del Derecho Internacional humanitario que regulase de manera adecuada y prohibiese el uso de ciertos tipos de bombas de racimo de cara a proteger a la población civil, durante y después de los combates; para ello, la comunidad internacional debería impedir el uso de estas armas, limitar su proliferación y facilitar ayuda a las víctimas, con el objeto de prevenir los futuros desastres humanitarios que ocasionaría su empleo.

Como se ha explicado con anterioridad, a juicio de muchos analistas y organizaciones humanitarias, el uso de bombas de racimo suele dar lugar a frecuentes violaciones de disposiciones fundamentales del Derecho Internacional humanitario, al afectar a numerosas áreas de terreno y personas de forma indiscriminada, con una alta probabilidad de provocar lesiones superfluas o sufrimientos innecesarios, sobre todo entre los civiles, y en cualquier caso desproporcionado en comparación con cualquier ventaja militar que se obtenga con su empleo.

Al hilo del párrafo precedente, según Alcalde, dos son los motivos para prohibirlas. En primer lugar, constituyen casi con total seguridad una forma de ataque indiscriminado cuando son usadas cerca de población civil, al no ser posible distinguir entre objetivos civiles y militares y, en segundo lugar, suponen un problema las municiones que quedan sin explotar en el terreno a modo de minas antipersonas.

En ese sentido, el propio Alcalde recuerda que un debate similar se había producido ya en la década de los noventa en los foros de desarme al abordar el problema de las minas antipersonas, en concreto el de las posibles virtudes de las minas inteligentes. Del mismo modo, se intentó matizar que las bombas de racimo con mecanismos de autodestrucción o autoneutralización no suponían el mismo tipo de riesgo que las de otro tipo, a pesar de que los recientes conflictos de Iraq y el Líbano habían demostrado que la fiabilidad de las bombas de racimo con mecanismos de autodestrucción no estaba muy clara. Pero incluso si las tasas de error pudiesen ser disminuidas, el mismo autor considera que la enorme cantidad de submuniciones repartidas por las bombas de racimo significa que “una tasa de error mínima dejaría igualmente un riesgo claro para los civiles”.

Lo cierto es que hacía ya varios años que el CICR venía expresando su preocupación acerca de las bombas de racimo, con su participación activa en todos los debates internacionales sobre las mismas, tanto en el marco de la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados como en otros foros. Desde 2003, año en que la Coalición contra las Bombas de Racimo hizo un primer llamamiento para que se prohibiera el uso de estas armas en zonas pobladas, el Consejo de Delegados de Cruz Roja expresaba su preocupación acerca del alto coste humano que generaba el empleo de las mismas. En 2005, ese mismo consejo hacía también un llamamiento a los Estados para que eliminasen las bombas de racimo que no fuesen precisas o que tuviesen un elevado índice de error, ya que, ante el constante aumento

del sufrimiento de las personas civiles y de la dificultad de limpiar estas armas, era cada vez más apremiante que los Estados actuaran en los planos nacional e internacional para abordar la cuestión.

Ya se ha hablado sobre el hecho de que un sector de la doctrina se mostraba partidario de abordar el problema de las bombas de racimo en el ámbito de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, por lo que, en la conferencia de examen, celebrada en Ginebra en noviembre de 2006, el CICR señaló que las amenazas particulares de estas armas exigían que se adoptasen medidas urgentes por parte de los Gobiernos, como el cese inmediato del uso de aquellas que no fuesen precisas y confiables, la prohibición de lanzarlas contra objetivos militares ubicados en zonas pobladas y la eliminación y no transferencia de existencias de las imprecisas y poco fiables. Precisamente durante esta conferencia, el secretario general de la ONU, Kofi Annan, pidió que se tomaran medidas para atajar los efectos de las bombas de racimo sobre la población civil y, en clara alusión a lo sucedido en el Líbano, añadía que “hechos recientes muestran la atrocidad y los efectos inhumanos de estas armas”. Por su parte, Jan Egeland solicitaba que se congelase el uso de las bombas de racimo, advirtiendo que, “mientras no exista una prohibición efectiva, esas armas seguirán afectando de manera desproporcionada a los civiles, mutilando a mujeres, niños y otros grupos vulnerables”.

Aparte de por su presencia en la primera reunión de Oslo (febrero de 2007), el compromiso del CICR se plasmaría dos meses después en la organización de la reunión de expertos en la localidad suiza de Montreux, para debatir la utilidad militar de este tipo de artefactos y la elaboración de nuevas normas de Derecho Internacional humanitario destinadas de manera específica a reglamentarlas, en concreto, un tratado por el que se prohibiese el uso, desarrollo, producción, almacenamiento y transferencia de las que no fuesen precisas ni fiables, incluyendo también disposiciones relacionadas con la asistencia a las víctimas, la limpieza de las zonas afectadas y las actividades para minimizar sus consecuencias para la población civil.

Tras esa reunión, el mencionado consejo de delegados se congratulaba por el compromiso contraído en la Conferencia de Oslo para concluir un tratado de prohibición de las bombas de racimo hacia finales de 2008, así como por los esfuerzos para abordar esta cuestión en el contexto de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, poniendo de relieve que los controles adecuados sobre el uso y la proliferación de armas era esencial para proteger a las personas civiles contra los efectos indiscriminados y a los combatientes contra sufrimientos innecesarios. Asimismo, se mostraba “profundamente preocupado” por el coste humano de las bombas de racimo durante los conflictos y después de estos; reconocía los obstáculos que estas armas suponen para la reconstrucción tras un conflicto y para el desarrollo; expresaba su gran preocupación por los efectos indiscriminados de dichas armas y las consecuencias que estas tienen para la población civil y la acción humanitaria; y se exhibía su alarma por la presencia de millones de bombas de racimo que no eran ni precisas ni fiables en los arsenales de diferentes países. Al mismo tiempo pedía al CICR

que le informase en la reunión de 2009 sobre los progresos realizados en la aplicación de dichos objetivos.

En opinión del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (MICRMLR), mientras el objetivo de los trabajos de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados sobre las bombas de racimo estaba definido con menor precisión, era probable que en los próximos años el asunto de estas armas siguiese ocupando un lugar destacado en los programas de las políticas nacionales e internacionales. En ese sentido, el compromiso formalizado ya por unos setenta Estados de concluir ese tratado hacia finales de 2008, estaba adquiriendo importancia y un creciente número de Gobiernos se estaban alineando con ese objetivo humanitario. Sin embargo, consideraba posible que los dos procesos —el de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados y la Conferencia de Oslo— diesen lugar a la elaboración de esos instrumentos en 2008 o 2009, fin por el cual el CICR seguiría trabajando. En cuanto a las ONG, estas se mostraban también cada vez más activas en este asunto, lo que generaba un aumento de la sensibilización pública y la atención política y, en virtud de ello, se consideraba probable que los Estados aprobasen nuevas normas de Derecho Internacional humanitario, en el marco del MICRMLR.

A nivel internacional, el MICRMLR ya había exhortado a los Estados a negociar, con urgencia, un nuevo tratado de Derecho Internacional que prohibiese por completo las bombas “imprecisas y no fiables”, tratado que debería también contener disposiciones sobre la limpieza de las zonas actualmente contaminadas por estas armas y sobre la asistencia a las víctimas de las mismas, posición compartida por Cruz Roja Española. Durante la celebración de la 30.<sup>a</sup> Conferencia Internacional del MICRMLR, celebrada en diciembre de 2007 en Ginebra, se formuló la promesa de apoyar y difundir la declaración que se había firmado en Oslo, promoviendo la aprobación de un tratado internacional de prohibición, de tal forma que, como indicaba Rodríguez-Villasante y Prieto, “ahora tenemos la oportunidad de prevenir un gran sufrimiento humano si logramos que estas armas nunca se usen y sean destruidas. Si proliferan y se utilizan, podríamos enfrentarnos a una crisis humanitaria mayor que la causada por las minas terrestres”.

#### **IV. La creación de la Coalición contra las Bombas de Racimo: el proceso de Oslo**

A pesar de que existen iniciativas que la preceden, no sería hasta el año 2003, coincidiendo con las fechas previas a la reunión de la convención, cuando se dio el impulso efectivo para intentar conseguir la prohibición de las bombas de racimo, al constituirse en Irlanda la Coalición contra las Bommas de Racimo. De esta red forman parte actualmente más de doscientas ONG de 50 países —entre las que se encontraban Human Rights Watch y Handicap Internacional— y, desde su nacimiento, ha jugado un papel decisivo en todo el proceso de promover una campaña internacional para conseguir la prohibición total de dichas armas. En el documento fundacional, además de intentar impedir la fabricación, venta y uso de este tipo de artefactos, se pretendía

también que los países que los hubiesen empleado adquiriesen una responsabilidad especial para la limpieza de los residuos explosivos de guerra, así como que asistiesen a las víctimas, con el argumento de que la Coalición contra las Bombas de Racimo debía llenar el hueco dejado por la Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas (más conocida por sus siglas en inglés ICBL que provienen de la denominación International Campaign to Ban Landmines), que no incluía las bombas de racimo entre los asuntos a tratar durante su mandato. Es interesante subrayar que un importante aliado de esas ONG y de los países que colideraban el proceso eran algunos de los departamentos de la ONU, muchos de los cuales —UNICEF, el Servicio de Acción de Minas de las Naciones Unidas (UNMAS), el PNUD y la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas (OCHA)— ya habían suscrito una declaración en 2003 pidiendo una moratoria en el uso de estas armas. También el ex secretario general de la ONU, Kofi Annan, había realizado varias declaraciones poniendo énfasis en el problema humanitario y pidiendo a los Estados que incluyesen este tema en la agenda de asuntos a tratar de forma prioritaria en la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados.

Hasta mediados de 2006, la posición de la Coalición contra las Bombas de Racimo se aproximaba a la mantenida con anterioridad por Human Rights Watch y, de hecho, su coordinador, tal y como recoge Nash, señalaba entonces: “parece que la falta de apoyo público para la prohibición nos está conduciendo hacia un régimen de regulación de las municiones de racimo, que limite su uso en áreas pobladas y el uso de ciertos tipos de municiones con altas tasas de error”. Hay que reconocer que, a nivel internacional, el enfoque de la Coalición contra las Bombas de Racimo había ido siempre más allá de la citada convención, de ahí que el propio Nash argumentase que quizá el resultado óptimo de la conferencia de revisión de esta última fuese un claro fracaso, lo cual ofrecería la posibilidad de relanzar nuevos esfuerzos para tratar el tema de las bombas de racimo fuera de las salas de conferencias de la ONU.

El uso masivo de bombas de racimo en el sur del Líbano y contra el norte de Israel en 2006, había puesto de relieve la necesidad de tomar medidas urgentes para hacer frente a las consecuencias para la población civil y a la proliferación de dichas municiones. Por ello, durante la reunión de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 2006 y tras años de renuencia a abordar esta cuestión, 25 países hicieron un llamamiento a favor de la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante sobre las bombas de racimo. De manera simultánea, fuera de ese ámbito y mientras el Gobierno noruego había comenzado a realizar una serie de reuniones entre los Estados que se habían comprometido a entablar negociaciones en 2008 sobre un tratado relativo a esas armas, el CICR continuaba trabajando en la búsqueda de una solución urgente a los problemas humanitarios que planteaban dichas armas; así, pretendía contribuir al logro de los mejores resultados posibles tanto en el contexto de la convención como de la iniciativa noruega.

Dado que, entonces, la mayoría de las potencias militares se opusieron a iniciar negociaciones para el nuevo tratado, los Estados parte en la mencionada convención únicamente estuvieron de acuerdo en continuar las discusiones sobre las bombas de

racimo por medio del Grupo de Expertos Gubernamentales, el cual se reunió en junio de 2007 pero no logró el consenso sobre la línea que había de seguir. Aun cuando varias de estas potencias indicaron que estaban dispuestas a negociar un instrumento en el marco de la convención, otras seguían oponiéndose a ello, razón por la que el grupo no logró acuerdo alguno, pero recomendó que la reunión de Estados parte que tendría lugar en noviembre de 2007 decidiese sobre la mejor manera de abordar las consecuencias de las bombas de racimo en el ámbito humanitario.

A falta de una acción decisiva sobre el tema en la conferencia de examen de la convención, varios factores sirvieron para que la perspectiva de la sociedad civil fuese evolucionando ya, de manera progresiva, hacia posiciones más cercanas a la prohibición. Fue al finalizar la reunión de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 2006, cuando Noruega declaró su intención de organizar una conferencia, para lo cual invitó a los Gobiernos que desearan apoyar la elaboración de nuevas normas sobre esas armas a una reunión en Oslo en febrero de 2007. Al mismo tiempo, Bélgica, promulgaba, el 9 de junio de 2006, la legislación que prohibía las bombas de racimo en su territorio, con dos excepciones aceptadas por la Coalición contra las Bombas de Racimo en el futuro tratado internacional, y prohibía las inversiones en bancos que financiasen la producción de bombas de racimo (según el último informe de Netwerk Vlaanderen, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) y Banco Santander estarían entre ellos). La ICBL, ausente en todo el proceso de creación de la Coalición contra las Bombs de Racimo, no decidió formar parte activa de la misma hasta diciembre de 2006, presencia que provocó que la coalición aumentase notablemente su cobertura mediática y su legitimidad internacional.

Los días 22 y 23 de febrero de 2007, representantes de los 49 Estados —entre ellos España— que habían mostrado un mayor interés y voluntad de llevar a cabo una acción urgente para tratar el problema de las bombas de racimo, y más de cien organizaciones humanitarias y ONG —entre ellas, Greenpeace España, Fundació per la Pau y Moviment per la Pau—, el CICR, la Cruz Roja noruega y la Coalición contra las Bombas de Racimo se reunían en Oslo para debatir medidas realistas y efectivas que impidiesen que la crisis humanitaria provocada por el uso de bombas de racimo continuase y se propagase. Al acabar la cumbre de Oslo, 46 de esos Estados habían acordado llegar al año 2008 con un tratado que prohibiera las bombas de racimo que causan un daño inaceptable a la población civil y, a partir de este momento, el proceso lo pilotaría un grupo de países que, además de Noruega —que había decretado ya una moratoria junto a Austria—, incluía a Austria, Irlanda, México, Nueva Zelanda y Perú. El ministro de Asuntos Exteriores de Noruega, Jonas Gahr Støre, en un llamamiento a favor de esa prohibición, subrayaba que solo una respuesta humanitaria colectiva que adoptase pronto medidas eficaces, similares a las tomadas contra las minas antipersonas una década antes, podría abordar el problema de una manera significativa.

La colaboración de las ONG sirvió en algún caso para influir en la decisión de Gobiernos como el de Gran Bretaña, que argumentaba que debía existir un consenso en el tema de las definiciones para poder iniciar el proceso, justo lo opuesto de lo que habían expuesto solo unos meses antes respecto al tratado de comercio de armas. El portavoz de Landmine Action, Richard Moyes, reconocía:



El tratado contra el comercio de armas fue esta vez importante. Sobre todo porque el Reino Unido estaba usando argumentos opuestos a los que había usado en aquel foro. Oxfam y Amnistía Internacional estaban con nosotros y fueron capaces de recordárselo a los diplomáticos británicos. A pesar de que no habían estado implicados en este tipo de reuniones hasta Oslo, su perspectiva más amplia (y algunas relaciones personales) fueron muy útiles. También UNIDIR recordó la paradoja de la posición británica en su intervención.

Las organizaciones internacionales presentes en la conferencia —el CICR, el Vaticano y las Naciones Unidas— dieron su apoyo total al texto, destacando el caso de países, entre otros, Austria, Bélgica, Costa Rica, Irlanda, México, Nueva Zelanda y Perú, que explícitamente abogaron por fortalecer el texto y se ofrecieron para organizar las siguientes reuniones del proceso, conformando junto a Noruega un grupo de Estados dispuestos a coliderar la negociación.

Al margen de la ausencia de los grandes países productores —Estados Unidos, Rusia, China e Israel—, una serie de países más reticentes al proceso —Alemania, Australia, Francia, Gran Bretaña, Holanda, India, Italia, Letonia, Pakistán y Suiza—, intentando buscar soluciones más realistas y de compromiso entre todas las partes, reclamaban que el ámbito para tratar este tema debería ser el de la citada convención sin descartar esta nueva vía. Muchos de estos Estados acabarían suscribiendo también la declaración final en Oslo.

Frente a esta posición, se recordaba también que la negociación de un nuevo tratado que prohibiese las bombas de racimo podría afectar la práctica de los Estados que no lo suscribiesen, de modo similar a lo ocurrido por causa del Tratado de Ottawa. Además, no dejaba de llamar la atención el caso de Canadá, Estado que no estaba dispuesto a desempeñar en este proceso el papel protagonista que tuvo en la negociación para acabar con las minas antipersonas. Así, aun cuando el proceso de Ottawa había durado poco más de un año, ahora afirmaba que dos años era un período muy corto para negociar un tratado de estas características. Por lo que respecta a España, Alcalde recuerda que, aunque en su primera intervención se había manifestado de modo similar a los países anteriores, finalmente no hizo mención a esta cuestión al manifestar el sentido positivo de su voto.

Asimismo, y a pesar de que el Gobierno de Estados Unidos era consciente de que se trataba de un asunto que generaba gran preocupación a nivel humanitario, defendía el uso de las bombas de racimo como una opción militar al constituir un elemento importante en sus intervenciones de mantenimiento de la paz y explicaba que ya había tomado medidas para hacer frente a la amenaza que pudiesen plantear este tipo de armas, como el establecimiento de mejoras técnicas o de reglas claras sobre cómo podían y debían utilizarse. En ese sentido, Estados Unidos se situó en el grupo de los partidarios de las bombas de racimo, al poseer una doctrina militar que preveía intervenciones militares durante las cuales puede verse obligado a enfrentarse a fuerzas militares basadas en el uso de unidades blindadas, sin contar todavía con una tecnología alternativa e igual de barata y efectiva para este fin.

En opinión de Alcalde, el argumento de la utilidad militar de las bombas de racimo era, sin duda, uno de los que más controversia causaba, ya que, si bien fueron diseñadas principalmente durante la guerra fría para ser usadas contra columnas extensas de

carros blindados, los conflictos militares actuales eran muy distintos y el uso de este tipo de armamento suponía en ocasiones una dificultad añadida a estrategias políticas y militares, al poner en riesgo a civiles e incluso a los propios soldados. En cualquier caso y hasta la fecha, no se había hecho pública ninguna evidencia concreta de su efectividad militar, por lo que, ante esa incertidumbre, las ONG argumentaban que, “sea cual sea su utilidad militar, sin duda sus consecuencias humanitarias son mayores”.

Los tres países que abiertamente rechazaron adherirse al texto y expresaron sus reservas sobre mismo al considerar que el asunto debería tratarse en la convención, fueron Japón, Polonia y Rumanía, previendo, quizás, que habría muchos más que votarían en contra. Concretamente, Japón y Polonia fueron de los primeros en votar, viéndose después en una posición muy incómoda, ya que las declaraciones negativas eran recibidas con un frío silencio por parte de los representantes de las ONG presentes en la sala, que agradecían con calurosos aplausos los votos positivos. En ese sentido, Japón, primer país en expresar públicamente que no se adhería a la declaración, se vio obligado a realizar una segunda e insólita intervención para matizar su posición e intentar, así, mejorar su imagen de cara a la opinión pública y al resto de las delegaciones oficiales. Curioso también fue el argumento esgrimido por Polonia, que especificó que “este proceso contribuirá a mejorar el funcionamiento de la ccw [siglas en inglés para Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados], así que ahora podemos volver a negociar en el marco de la ccw”.

Como valoración de lo conseguido en Oslo, las ONG agrupadas en la Coalición contra las Bombas de Racimo se declararon muy satisfechas con el resultado, si se tiene en cuenta que, antes de producirse la votación, el copresidente de la Coalición contra las Bombas de Racimo, Stephen Goose, señalaba que obtener el apoyo de 30 Estados a la declaración sería ya “todo un éxito”. Mientras Susan Eckey, del Ministerio de Asuntos Exteriores noruego, afirmaba: “Hemos superado las expectativas más optimistas. [...] En el primer día había varios que tenían reservas. Hemos tenido que realizar un trabajo político, con las delegaciones y con los Gobiernos, para lograr este resultado. Estamos muy satisfechos”, Jody Williams, premio Nobel de la Paz en 1997 por su activismo contra las minas antipersonas, declaraba: “Cuando empezamos la campaña contra las minas, nadie creyó que lo lograríamos. En cinco años conseguimos el apoyo de la gente y un tratado para prohibirlas. Por eso estoy convencida de que habrá otro sobre las bombas de racimo”.

Unos meses después, representantes de Estados Unidos en Ginebra anunciaban estar dispuestos a negociar un nuevo tratado sobre el uso de las bombas de racimo que no implicase una prohibición total, con lo que alteraba su anterior postura contra la necesidad de un nuevo tratado, posición que, según los analistas, podría haber llegado a interesar también a Rusia y China. Sin embargo, el principal objetivo para la siguiente reunión de Lima en mayo de 2007 —a la que asistieron 68 países— junto con la obtención del apoyo de todos los países del Sudamérica y Centroamérica, se centraría en asegurar que el tratado tomase la forma de una prohibición y no de una restricción, así como que las bombas de racimo con mecanismos de autodestrucción no quedasen exentas de texto legal, de cara a conseguir un escrito más concreto que el abierto y ambiguo aprobado en Oslo.



En diciembre de 2007, coincidiendo con la conferencia de países afectados por las bombas de racimo, celebrada en Belgrado dentro del proceso de Oslo con apoyo financiero de Noruega y logístico del PNUD en Serbia, la OTAN informaba a este país de la localización exacta de las bombas de racimo lanzadas por la organización en su ofensiva aérea de 1999 con ocasión de la guerra de Kosovo, en la que más de mil artefactos de este tipo habían impactado en un total de 219 lugares. El objetivo de la reunión era que los países afectados por esta problemática —20 de los 50 asistentes—, así como las organizaciones internacionales y de la sociedad civil más relevantes, promoviesen discusiones sobre el tema e intercambiasen ideas y experiencias que pudiesen ayudar a superar el problema. En el acto de inauguración, el ministro serbio de Asuntos Exteriores anunció que su país estaba estudiando la posibilidad de declarar una moratoria unilateral para las bombas de racimo y, aun cuando el tono general de la reunión se mostró a favor de esa posición, no llegó a debatirse el texto concreto elaborado en Lima.

En el primer Día Mundial de Acción contra las Bombas de Racimo (5 de noviembre de 2007), la Coalición contra las Bombas de Racimo reunida en la La Haya, instó a los Gobiernos a que declarasen una moratoria en el uso, comercio y producción de este tipo de armas “hasta que sus problemas humanitarios estén resueltos”, y a que participasen en las discusiones sobre un nuevo tratado internacional para su prohibición que tendría lugar el mes siguiente. Ocho días después, de manera al parecer deliberada, finalizaba la reunión anual de la convención previamente mencionada en Ginebra sin que se hubiese alcanzado compromiso alguno acerca de la prohibición del uso de las bombas de racimo, tal y como señalaba el CIRC, sino solo un vago compromiso para impulsar, a partir del año siguiente, las negociaciones para un tratado que abordase los aspectos humanitarios de este tipo de armamento. No obstante, algunos países, como España, Gran Bretaña o Japón, solicitaban que se contemplasen ciertas excepciones en este tratado, principalmente en el caso de que técnicamente se pudieran presentar mecanismos autodestructivos en este tipo de armamento. Es de destacar, asimismo, la postura adoptada por algunos países de relevancia, como el caso de Rusia, que participaba en estos foros en calidad aparente de observador, o la de aquellos que se mantenían abiertamente ajenos a cualquier proceso en este ámbito, como Estados Unidos, China, Israel, India o Pakistán.

En el mes de diciembre de 2007 fue Viena la ciudad que acogió la siguiente reunión dentro del proceso de Oslo, ahora con el respaldo de 136 países, donde se intentaron clarificar puntos de consenso y divergencia. Una nueva conferencia se celebró del 18 al 22 de febrero de 2008 en la ciudad neozelandesa de Wellington, cita a la que acudieron representantes de 105 países, donde además de sentar las bases para un nuevo tratado internacional para la prohibición de las bombas de racimo, se firmó una nueva declaración por la cual los Estados debían suscribir la nueva convención en una conferencia diplomática que se celebraría en Dublín durante el mes de mayo próximo. El proyecto de este texto fue presentado por el embajador irlandés para el Desarme, Dáithí O’Ceallaigh.

En la conferencia se presentaron informes actualizados sobre los últimos pasos del proceso de Oslo, tanto por el embajador austriaco para el Desarme Wolfgang Petritsch, sobre los acuerdos de la última reunión de Viena, como por Nash, coordinador mun-

dial de la Coalición contra las Bombas de Racimo. En un encuentro de composición abierta de expertos jurídicos militares presidido por el general Riordan, director general de la Sección Legal de la Fuerza de Defensa de Nueva Zelanda, las delegaciones debatieron sobre cuestiones fundamentales, como la forma en que las fuerzas militares podrían seguir trabajando en operaciones conjuntas hasta la firma del nuevo tratado junto con Estados que no fuesen parte en la convención en países como Afganistán. Se llevaron a cabo, también, sesiones oficiosas sobre cuestiones como la limpieza de las bombas de racimo y la asistencia a las víctimas. En otra de esas sesiones presidida por el general Riordan, se debatió sobre el concepto de *interoperabilidad*. Finalmente, la conferencia se clausuró con el apoyo de 86 países favorables al borrador del tratado de prohibición, cuyo texto final fue aprobado tras rechazarse las enmiendas que buscaban suavizar su contenido.

En abril de 2008, 38 países africanos —entre los cuales no se encontraba Sudáfrica—, acordaron en la Conferencia de Livingstone (Zambia) hacer pública una declaración para defender de manera conjunta la prohibición total de las bombas de racimo en la próxima reunión de Dublín, declaración en la que se abogaba por una definición amplia de este tipo de armamento, que se oponía a todo tipo de excepciones, y que expresaba la obligación de prestar apoyo a las víctimas y afrontar el problema del desminado. Casi de manera simultánea, mientras el Grupo de Expertos Gubernamentales para la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados finalizaba su segunda sesión anual, durante la cual se habían discutido diversos aspectos relacionados con las bombas de racimo y su impacto humanitario —entre otros, aspectos técnicos, asistencia a las víctimas, definiciones, gestión de almacenamiento y transferencias—, el PNUD hacía público el informe titulado *Prohibiting cluster munitions: our chance to Protect civilians*, en el que instaba a la comunidad internacional a adoptar un tratado internacional que prohibiese el uso de las bombas de racimo, ya que suponían una amenaza para la población civil.

Como era previsible, la Conferencia de Dublín (30 de mayo de 2008), que reunió a representantes de 111 países, iba a suponer un gran paso adelante de cara a la prohibición de las bombas de racimo. De hecho, el secretario general de la ONU, Ban Ki-moon animó a los asistentes en ese sentido y, además, instó a la creación de un pacto global a favor de la prohibición de dichas armas calificándolas de “intrínsecamente imprecisas, particularmente indiscriminadas y poco fiables”. La presidencia correspondió al embajador O’Ceallaigh, cuya labor, a juicio de Gusi, fue “decisiva desde el primer día de la conferencia” para poder llegar a consensuar un texto definitivo, sin necesidad de votación, lo que no significa que las negociaciones no fuesen duras y complejas para llegar a conseguir el acuerdo final. Aparte de la ausencia de los más importantes productores opuestos a la prohibición (François de Keersmaecker, director ejecutivo de Handicap International, consideraba que Estados Unidos intentaba “con fuerza evitar una prohibición vinculante de las bombas de racimo y espera aguar un acuerdo”), las 250 ONG presentes en la conferencia temían que varios países pretendiesen edulcorar el tratado final, principalmente Alemania, Francia, Sudáfrica, Australia, Canadá, Japón o Reino Unido.

El día 28 se convirtió en la fecha clave, pues tras un largo período de reflexión, 70 países se comprometieron formalmente a adoptar la convención, considerando además que cualquier enmienda al borrador podría romper el delicado equilibrio conseguido. Tal como relata Gusi, especialmente significativa fue la intervención de Reino Unido, uno de los países que se sumó a última hora a los que adoptarían la convención, cambio que se produjo después de un inesperado comunicado del presidente del Gobierno Gordon Brown, al día siguiente, en el que anunciaba el apoyo de su país a la prohibición de “todos los tipos de bomba de racimo” y su intención de retirarlas de sus arsenales. Esta posición contradecía la mantenida por su Ministerio de Defensa, lo que, para muchos observadores, ponía de manifiesto la importancia de la opinión pública británica a la hora de tomar una decisión que servía, además, para dar un impulso fundamental a las negociaciones.

Algunos países, entre ellos España, habían propuesto que se establecieran excepciones a la prohibición, por ejemplo para las bombas de racimo de nueva generación que contuviesen dispositivos de autodesactivación fabricados por empresas españolas y, pese a que sus peticiones no fueron recogidas en el texto final, acabó sumándose al mismo. Más suerte tuvo la bomba alemana de fabricación reciente SMArt 155, la cual no se consideró técnicamente como una bomba de racimo, hecho que provocó recelos en algunas de las delegaciones, lo que no evitó que, al final, tal planteamiento fuese aceptado. En el artículo 2, referente a definiciones, se introdujo el concepto de *exclusión*, concretado en una serie de condiciones muy restrictivas por las cuales algunas bombas de racimo podían no ser consideradas como tal porque “eliminan los riesgos y efectos producidos por submuniciones que no han explotado en áreas indiscriminadas”. No obstante, el borrador propuesto y aprobado por todos los delegados rechazó la mayoría de las excepciones propuestas y mantuvo solo dos de carácter muy marginal.

El portavoz de la Coalición contra las Bombas de Racimo, Goose, realizó un análisis de los diferentes puntos del borrador del texto. En primer lugar, destacó un hecho indudable, como era que, como consecuencia de la adopción de este tratado de prohibición, miles de civiles se salvarían en las próximas décadas de los efectos de estas armas, al tiempo que recalcó que la convención no distinguía entre bombas de racimo “buenas y malas”, sino que las prohibía todas, es decir, sin excepciones. En segundo lugar, expresó la satisfacción de la Coalición contra las Bombas de Racimo por el contenido del artículo 5, relativo a la asistencia a las víctimas, en el que se mejoraban mucho las condiciones recogidas en el Tratado de Ottawa, así como la referencia a las medidas de transparencia. Por el contrario, el punto más conflictivo del acuerdo era el artículo 21, relativo al concepto de *interoperabilidad*, es decir, la relación con Estados que no formasen parte de la convención en maniobras y operaciones militares conjuntas, definida por Goose como “la única mancha en el tejido de este tratado”; según esta medida no quedaba claro que los *stocks* que hubiese en territorio de otros Estados no miembros y la cooperación intencionada en actividades no permitidas en este tratado quedase prohibida en cualquier circunstancia, cuestión que, para los expertos, se debería seguir con especial atención en el futuro, y en mayor medida después de haber constatado el interés de muchos países aliados de Estados Unidos de dejar abierto este tipo de colaboración. En cualquier caso, merecen destacarse las declaraciones que el

ministro de Asuntos Exteriores de Irlanda, Michael Martin, realizó al final de la conferencia: “el principal efecto que tendrá este tratado será invisible, es decir, las víctimas que no veremos, debido a la prohibición de las bombas de racimo”.

Tras el acuerdo de Dublín, de inmediato se abrió el debate entre los analistas sobre la dimensión real de los *agujeros* que pudiese contener el texto. Así, el director de investigación de la Asociación de Control de Armas —influyente centro de estudios independiente—, Wade Boese, tras opinar que “se trata de un acuerdo fuerte”, reconocía que “es verdad que el veto tiene una excepción. Pero se trata de algo muy estricto, definido por cuatro o cinco criterios muy exigentes”, y que en la otra gran cuestión a debate, “la cooperación militar con países que no firman”, se había cedido algo “pero se trata de una cesión inteligente, que permitirá que muchos más países adopten el tratado. Pienso sobre todo en los europeos y en los de la OTAN. No es lo mismo 50 firmantes que 150, y con los europeos. Eso dará peso al tratado, cuyo mensaje es fuerte”. En una línea similar, Jordi Armadans, director de la Fundació per la Pau, calificaba el acuerdo de “satisfactorio” porque “prevé excepciones muy limitadas a la prohibición y porque establece obligaciones de asistencia a las víctimas civiles”, subrayando también el aspecto negativo de “la cooperación militar con países que no firman”.

En tanto que Alcalde considera una señal positiva el hecho de que entre los firmantes de la Declaración de Oslo estuviesen la mitad de los productores de bombas de racimo del mundo, un tercio de los que las almacenan, seis que las usan o han usado, seis países afectados y siete países no miembros de la convención, otros se muestran preocupados por la posición de los países contrarios al texto. Así, mientras un portavoz de Estados Unidos declaró que la Casa Blanca que “comparte las preocupaciones humanitarias de los países reunidos en Dublín”, pero permanecía contraria al texto pactado, ya que las bombas de racimo “han demostrado su utilidad militar. Su eliminación pondría en riesgo la vida de nuestros soldados”, no dejaba de ser significativo y paradójico que Rusia, un país que no había renunciado a su uso, condenase a Israel por el uso de este tipo de bombas en el Líbano en 2006. Por su parte, China había decidido detener la producción de minas para la exportación.

A pesar de todo, la estadounidense Jody Williams, cara visible de la ICBL y presente en Dublín, calificaba de “nueva victoria para la humanidad” el hecho de haber conseguido el acuerdo sobre el texto del tratado, ya que, si bien “no es perfecto”, seguro que “tendrá un gran impacto sobre el terreno”. Tras considerar que la ausencia de su país como la del “elefante que no está en la habitación”, sí destacó la posición final de Reino Unido y reconoció que le habría gustado “un lenguaje más duro” en el tema de cooperación con países que seguirán utilizando las bombas de racimo, puesto que “ha quedado definido con ambigüedad”. En el tema de las víctimas considera que, a diferencia de en el Tratado de Ottawa, “no hay vaguedad”, pues, aparte de ser definidas claramente, se exige a los Estados tomar medidas para su cuidado y, frente a la ausencia de los grandes productores, utiliza el ejemplo del tratado sobre minas antipersonas donde se “estigmatizó el arma”; es por esto que, incluso países que no habían firmado dicho tratado, se sienten avergonzados al usar minas, como es el caso de Estados Unidos, que no las usa desde la primera guerra del Golfo en 1991, no ha vuelto a producirlas desde 1995, y está destruyendo sus arsenales.

## V. La posición de España ante el proceso

Al igual que había ocurrido con el proceso de Ottawa, en un principio la posición española frente al problema de las bombas de racimo no pareció seguir una línea clara respecto a lo que podía ser la decisión final a la hora de suscribir el tratado de prohibición. Conviene recordar que, el último Consejo de Ministros de 2006 aprobó el proyecto de Ley sobre control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso (aprobada en diciembre de 2007), texto que, a juicio de Alcalde, presentaba serias debilidades, entre las que llamaba particularmente la atención la decisión del Gobierno de no prohibir las bombas de racimo, lo que entraba en contradicción con el discurso de apuesta por la paz adoptado por el Ejecutivo de José Luis Rodríguez Zapatero, todo ello a pesar de que la diplomacia española podría implicarse a fondo en las iniciativas multilaterales para prohibir ese tipo de armas. Las ONG que venían alentando todo ese proceso desde hacía más de una década mostraron su disgusto por no haber sido consultadas sobre el tema, en contraste con la actitud del Gobierno respecto a la industria española de armamentos que sí había tenido acceso al texto del anteproyecto. Es por esto que, finalmente dichas organizaciones consideraron que el escrito aprobado coincidía parcialmente con los intereses de la industria de defensa y dejaba de lado buena parte de sus reivindicaciones, en particular, las referentes al nivel de transparencia de las operaciones, con lo que la regulación vigente no se veía modificada de forma sustancial.

Aun cuando los respectivos Gobiernos no habían realizado nunca declaraciones expresas sobre el empleo de las bombas de racimo —el Ministerio de Defensa había admitido, en junio de 2005, que las fuerzas armadas poseían “un arsenal limitado de bombas que contienen, respectivamente, submuniciones contra carro y antipista”—, sí se conocía su posición a través del sistema de control parlamentario llevado a cabo por los partidos de la oposición. Así, en sendas respuestas parlamentarias a diputados de Convergencia i Unió (CiU) e Izquierda Unida-Inticativa per Catalunya Verds (IU-ICV), fechadas en noviembre de 2006, el Gobierno, reconoció que en España se fabricaban “dos modelos de bombas dispensadoras de submuniciones”, que “disponen de sistemas de seguridad que inactivan y dejan inerte la munición al cabo de un corto período de tiempo”, subrayando que “las municiones de ese tipo fabricadas por España y de dotación en sus fuerzas armadas cumplen con los requerimientos técnicos de autodestrucción y autoneutralización” y que “las capacidades militares que proporcionan estas municiones son necesarias para el mantenimiento de la operatividad de las Fuerzas armadas”, por lo que “no se considera conveniente la prohibición de su fabricación”. Este hecho no suponía un inconveniente para que ese mismo Gobierno se mostrase también favorable a establecer “un grupo de trabajo para tratar en profundidad el impacto humanitario de las municiones de racimo”, así como a negociar un tratado “que regule los aspectos humanitarios suscitados por su utilización”, lo que implicaba en aquel momento considerar no conveniente prohibir la fabricación de los dos modelos mencionados de bombas de racimo.

De manera casi simultánea, la rama española de Greenpeace, al mismo tiempo que, por medio de su director, presentaba una proposición en el Parlamento para prohibir las bombas de racimo, publicaba un informe —“Bombas de racimo: la lluvia de

acero. Razones para la prohibición”— en el cual denunciaba que España era “uno de los países que poseen y fabrican bombas de racimo”, armamento que, a juicio de la organización, era imposible emplear sin que afectase a la población civil, con lo que se estaría contraviniendo el Derecho Internacional humanitario. Con esta observación, resaltaba la contradicción de la postura española, haciendo hincapié en que la desactivación de esas armas era una de las tareas que asumían los soldados españoles en las misiones de paz. Como conclusión de esta argumentación, el informe reclamaba que, dados los efectos indiscriminados de las bombas de racimo, estas se debían someter a un proceso de prohibición similar al de las minas antipersonas.

Según ese informe, las fuerzas armadas españolas disponían de tres tipos de bombas de racimo: la CBU-100B (Rockeye), importada de Estados Unidos, la antipista BME-330 para el Ejército del Aire y la granada de mortero MAT-120 para el de Tierra, estas dos últimas fabricadas por empresas españolas. Hay que señalar que, mientras que las norteamericanas se desactivaban automáticamente, las españolas incorporaban un dispositivo electrónico para hacerlas estallar pasado un tiempo, de ahí que el problema surgiese cuando fallaban estos mecanismos. Si bien las empresas fabricantes sostenían que “sus espoletas electrónicas están dotadas de dispositivos de autodestrucción y autoneutralización, eliminando así el riesgo de municiones activas abandonadas sobre el terreno”, los especialistas habían demostrado que era inexacto en un alto porcentaje de casos.

La respuesta del Gobierno español (enero de 2007) a una pregunta parlamentaria sobre el tema, insistía mucho en ese aspecto de la seguridad afirmando que “las bombas disponen de sistemas de seguridad que inactivan y dejan inerte la munición al cabo de un corto periodo de tiempo” cuando la realidad era ya muy diferente. Así lo manifiesta un informe del Ministerio de Defensa noruego, repetidamente usado a lo largo del proceso, puesto que asegura que la más fiable de todas las bombas de racimo suele fallar mucho más de lo que aseguran sus fabricantes, recordando que “el uso de esas bombas en el sur de Iraq por parte del ejército británico dio las primeras indicaciones de que la tasa de fallo en combate era muy superior a la esperada”. Se trata, según los expertos, de un armamento que usado en combate funciona peor de lo que los fabricantes anuncian.

En mayo de 2007, coincidiendo con el debate de la ley citada anteriormente en el Congreso de los Diputados, tanto CiU como IU-ICV volvieron a presentar iniciativas que buscaban prohibir las bombas de racimo. Entre sus enmiendas, CiU incluía una en la que ampliaba la definición de minas antipersonas incluyendo las bombas de racimo —“pueden no hacer explosión en el momento del impacto y sí hacerlo ante la posterior proximidad o presencia de una persona”— para, de esta forma, conseguir también su prohibición. Por su parte, IU-ICV presentó días antes una proposición no de ley por la que instaba al Gobierno a “prohibir la producción, almacenamiento, uso y transferencia de municiones de dispersión” y a eliminarlas de los arsenales de las fuerzas armadas españolas. Días después, el Gobierno, por medio de una enmienda transaccional ofrecida por el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) a los demás grupos, se comprometía por ley a promover y apoyar las iniciativas “que tengan por objetivo la restricción y, en su caso, la prohibición de las bombas de racimo, especialmente peligrosas para las poblaciones civiles”.



Mientras tanto y pese a tratarse del mayor riesgo para los cascos azules españoles destacados en el Líbano, el Gobierno español había descartado prohibir por el momento en España la producción de bombas de racimo como se deducía de las distintas respuestas parlamentarias. En ese sentido, estimaba que las municiones de ese tipo fabricadas por España y de dotación en sus fuerzas armadas “cumplen con los requerimientos técnicos de autodestrucción y autoneutralización” y que “las capacidades militares que proporcionan estas municiones son necesarias para el mantenimiento de la operatividad” de dichas fuerzas armadas, por lo que “no se considera conveniente la prohibición de su fabricación”. Para Greenpeace, la paradoja estribaba en que empresas españolas fabricaban bombas de racimo y, de momento, no había intención de que dejarasen de hacerlo, mientras la desactivación de estas peligrosas armas era, precisamente, una de las tareas que debían asumir los soldados españoles desplegados en misiones de paz como en el Líbano.

Para la representación oficial española que avaló el proceso desde la Conferencia de Oslo, liderada por personal diplomático del Ministerio de Asuntos Exteriores y con el soporte técnico del Ministerio de Defensa, su posición no estaba condicionada por los intereses de la industria armamentista. Desde esas instancias se recordaba que, en las diferentes reuniones internacionales celebradas para tratar el futuro de las bombas de racimo (Oslo, Lima, Viena y Wellington), habían surgido dos posturas claramente diferenciadas: por un lado, el grupo de países y organismos que defendía una prohibición total, encabezados por Noruega; por otro lado, los partidarios de una prohibición parcial, entre los que destacaban, Alemania, Canadá, Dinamarca, Egipto, Francia, Finlandia, Italia, Japón, Holanda, Reino Unido y Suiza, limitada a las municiones que no dispusiesen de sistemas que las hagan seguras y fiables con la incorporación de mecanismos de autodestrucción. La última postura fue, precisamente, la que apoyó la delegación española en esas reuniones, al mismo tiempo que defendía la necesidad de tratar este asunto dentro del marco de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, si bien finalmente no hizo mención a esta cuestión al manifestar el sentido positivo de su voto al texto en su totalidad, sin especificar matices para el mismo.

Dado que en aquellos momentos el principal asunto de discusión se centraba en el logro de un acuerdo que estableciese una definición definitiva de bombas de racimo y las restricciones de su empleo, en la reunión del Grupo de Expertos Gubernamentales de la convención (Ginebra, junio de 2007), la delegación alemana propuso a la española formar parte de un grupo de 13 países, compuesto, entre otros, por Australia, Dinamarca, Francia, Finlandia, Reino Unido, Holanda, Polonia, Portugal y Suiza. Se pretendía, así, impulsar un nuevo protocolo (sería el sexto de la convención) dedicado a las bombas de racimo, con el fin de presentarlo en la próxima reunión de Estados parte, que se celebraría en noviembre de 2007. La propuesta fue aceptada por la delegación española. En ese borrador del protocolo, que se empezó a redactar con las aportaciones de cada uno Estado, se pretendía obtener una definición definitiva de bombas de racimo, así como las limitaciones y restricciones a imponer en el empleo de estas armas con objeto de evitar daños colaterales dentro del ámbito humanitario.



Alcalde considera que la posición de España en el ámbito internacional respecto a este tema se había expresado hasta ese momento en “declaraciones de muy buenas intenciones, pero sin verdadera voluntad de superar o de ir más allá de lo que se acuerde con los demás socios comunitarios”.

Como señalaba un editorial del diario *El País* (4 de enero de 2007), la única manera de que la decisión del Gobierno de no apoyar la prohibición de las bombas de racimo no incurriese en contradicción con “el discurso de pacifismo a ultranza adoptado por el Ejecutivo de Zapatero”, era que la diplomacia española se implicase a fondo en las iniciativas multilaterales para prohibir ese tipo de armas. A juicio de dicho diario, la reciente experiencia del Líbano constituía un poderoso argumento para “no demorar los esfuerzos para alcanzar un acuerdo internacional que las prohíba”. Finalmente, en septiembre de 2007, a propuesta de IU-ICV, el Gobierno aceptó promover y apoyar “las iniciativas que tengan por objetivo la restricción, y en su caso la prohibición, de las bombas de racimo”.

El mismo día 30 de mayo de 2008, al finalizar la reunión de Dublín, el entonces ministro de Asuntos Exteriores, Miguel Ángel Moratinos, se mostraba muy satisfecho a causa del acuerdo conseguido, al considerar que el uso de bombas de racimo constituye “un acto totalmente inhumano”, razón por la se comenzaría a trabajar ya en la declaración de una moratoria acerca el empleo de este tipo de armas. Por su parte, fuentes del Ministerio de Defensa reconocieron que tanto el Ejército del Aire como el de Tierra disponían de bombas de racimo, sin precisar la cantidad de las mismas ni el tiempo necesario para destruirlas debido a los estrictos requisitos medioambientales, pero estimaron que no sería demasiado largo, dada la experiencia adquirida con la eliminación de las minas antipersonas. Además de destruir su conjunto de armas, España se proponía colaborar en la recogida y desactivación de estos proyectiles, lo que ya estaba haciendo en el sur del Líbano, mientras el Ministerio de Asuntos Exteriores tenía previsto dedicar 4 400 000 euros para la asistencia a las víctimas de artefactos explosivos.

La llegada de Carme Chacón al frente del Ministerio de Defensa supuso un gran impulso a favor de la prohibición, que comenzó con el anuncio, el 16 de julio de 2008, de que se destinarían cuatro millones de euros para la destrucción de las 5 589 bombas de racimo en posesión de las fuerzas armadas—4 600 granadas de mortero de fabricación española, 600 estadounidenses y 400 bombas españolas—, proceso que iniciaría durante el último trimestre del año y que tenía previsto terminar en siete meses. De tal forma, a partir del verano de 2009, “solo quedarán en España aquellas bombas estrictamente necesarias para que zapadores e ingenieros aprendan a desactivarlas”. Simultáneamente, desarrollaría un plan de ayudas para compensar a las empresas afectadas y reemplazaría el armamento desechado por otro. Por su parte, en su intervención durante el acto de firma del Tratado en Oslo, el ministro Moratinos manifestó la voluntad del Gobierno y del Parlamento españoles para tramitar su aprobación por vía de urgencia y recordó que el Ejecutivo ya había aprobado en el pasado mes de julio una moratoria unilateral para prohibir las bombas de racimo en España y destruir las existentes en los arsenales militares.

## VI. Similitudes entre los procesos de Ottawa y Oslo

Llegados a este punto, y después de lo descrito con anterioridad, no parece descabellado plantearse si entre los dos procesos no existían similitudes suficientes que hiciesen pensar en un mismo final para ambos. Hoy ya nadie discute que el Tratado de Ottawa constituyó una suerte de modelo para la Coalición contra las Bombas de Racimo. De hecho, los defensores del tratado de prohibición para las bombas de racimo adoptaron una estrategia similar a la seguida en Ottawa: un tratado encabezado y defendido por determinados Estados y la sociedad civil a fin de sobrepasar la lentitud y la pusilanimidad de los Gobiernos.

Conviene, pues, dar un salto atrás en el tiempo a la conferencia de revisión de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1996, durante la cual la ausencia de resultados concretos respecto al planteamiento de prohibición de las minas antipersonas defendido por la ICBL y otras organizaciones (CICR, ONU, etc.) provocó que Canadá convocase la primera reunión de Ottawa (octubre de 1996), que desembocaría en la firma del tratado de prohibición en dicha ciudad (3 de diciembre de 2007) y su posterior entrada en vigor (1 de marzo de 1999). De igual manera, ahora, la falta de acuerdo en los foros tradicionales de desarme, entre ellos de nuevo la convención, al revelarse, en palabras de Alcalde, como un “procedimiento excesivamente lento, burocrático e ineficaz”, capaz de impulsar un proceso más rápido y efectivo que abordase el tema de las bombas de racimo (su última reunión, de noviembre de 2008, concluyó en un fracaso), dio lugar al proceso de Oslo similar al instrumentado en Ottawa, considerado por dicho autor un claro ejemplo de “nueva diplomacia creativa” que se caracteriza por procesos de negociación multilaterales y abiertos, con reglas flexibles y con un papel protagonista de la sociedad civil y de los medios de comunicación social.

El corresponsal Lobo consideraba también que la campaña internacional contra las minas antipersonas constituía el “gran referente” de la que se había empezado en Oslo en febrero de 2007, pues aun cuando ambas arrancaron “de una manera modesta”, con apenas media docena de ONG que las pusieron en marcha, con posterioridad reuniría a miles de organizaciones a favor de sus respectivas causas. En este mismo sentido, un sector de los analistas en este tipo de cuestiones consideraba que Noruega pretendía seguir los pasos dados por el Gobierno canadiense con ocasión del proceso de Ottawa, al descubrir que contaba, al menos, con cuarenta Estados favorables a la prohibición. El que los grandes fabricantes de armamento —Estados Unidos, Rusia, China, Pakistán, India o Israel— estuviesen ausentes en los dos procesos no hacía más que contribuir a la asimilación de ambos.

Que este nuevo proceso era heredero del de Ottawa fue un hecho reconocido por activistas y diplomáticos. Así, uno de los padres de esta iniciativa, Steffen Kongstad, jefe de la delegación noruega en dicha conferencia, había sido el embajador de su país en la misión permanente de la ONU en Ginebra y el jefe de la delegación negociadora en la convención en los años noventa, por lo que tuvo un papel protagonista en el proceso de Ottawa. Jan Engeland, que anteriormente había presidido la sección noruega de AI y trabajado también para el CICR, persona clave en el papel de liderazgo

que ejerció Noruega en las negociaciones para prohibir las minas antipersonas, era en ese momento secretario general adjunto para Asuntos Humanitarios, cargo que desempeñó durante la crisis del Líbano en 2006. Finalmente, Støre, ministro de Asuntos Exteriores noruego desde 2005 y antiguo secretario general de la Cruz Roja de su país, se encargó de iniciar los discursos institucionales en el Foro de la Sociedad Civil de Oslo. De la misma manera, las ONG agrupadas en la Coalición contra las Bombas de Racimo, al igual que hizo ICBL con el tema de las minas antipersonas, llevaron a cabo una estrategia de sensibilización pública efectiva a través de los medios de comunicación social, consiguiendo situar este problema humanitario en la agenda de la comunidad internacional.

De hecho, el Gobierno de Noruega ya había expresado su deseo de que el nuevo tratado fuese similar al negociado en Ottawa en 1997 contra las minas antipersonas. Así, mientras el propio Støre se mostraba convencido de que los 156 firmantes de Ottawa tendrían las mismas razones para adherirse a la campaña para erradicar las bombas de racimo porque “estamos hablando de lo mismo Eckey, tras recordar que este tipo de armas “no distinguen entre civiles y militares”, aseguró que “esta conferencia arranca con más apoyos de los que hubo en 1992. Tenemos 49 países, incluido Colombia, que se acaba de sumar, y tenemos peticiones de otros que desean sumarse. El objetivo no es a largo plazo, el objetivo es lograr un acuerdo en 2008. Este es un problema creciente y debemos actuar antes de que afecte a más personas”.

A fin de reafirmar la similitud en dichos procesos, en Oslo también estaba Williams, premio Nobel de la Paz en 1997 y figura representativa de la campaña contra las minas antipersonas, que se convirtió en la gran estrella de la primera jornada de la conferencia, comparando ambas situaciones porque “las bombas de racimo también son responsables de la muerte de miles de civiles”, insistiendo en que “indiscriminado es indiscriminado, sea una mina antipersona, una bomba de racimo o un artefacto nuclear. Toda arma indiscriminada es ilegal bajo la ley internacional”. En la misma línea, se consideraron muy clarificadoras las palabras del secretario de Estado británico para el Desarrollo Internacional, en noviembre de 2006, recogidas en una carta filtrada a las ONG: “es difícil ver como podemos mantener una posición tan prominente contra las minas antipersona y, al mismo tiempo, seguir manteniendo que el uso de las bombas racimo es, de algún modo, aceptable”.

Alcalde considera que, de cara al futuro y al igual que había ocurrido con las minas antipersonas, se planteaban dos perspectivas distintas: prohibición o restricción, introduciendo determinados requisitos respecto a su uso, diferencia que, a juicio de algunos, no dejaba de ser una “distinción artificial”. Según su opinión, existen numerosas semejanzas entre las minas antipersonas y las bombas de racimo, pues, aparte de aspectos meramente técnicos como el hecho de que tanto unas como otras pueden ser antipersona y antivehículos, existen factores de mayor trascendencia. Así, ambas producen efectos socioeconómicos en las comunidades afectadas que van más allá de las repercusiones puramente humanitarias; en ambos casos existen importantes coaliciones de ONG que apoyan la causa; y en los dos casos se ha optado por desarrollar procesos de diplomacia no tradicional. Sin embargo, descubre Alcalde alguna diferencia entre estas armas, ya que en el caso de las minas antipersonas, se trata de un

artefacto con una utilidad militar manifiestamente baja y, hasta cierto punto, desfasada tecnológicamente.

Hay que recordar que los debates acerca de la utilidad militar de las minas antipersonas centraron las negociaciones hasta mediados de la década de los noventa, cuando distintos estudios, entre ellos un seminario organizado por el CICR que reunió a expertos civiles y militares, mostraron la desproporción entre las consecuencias a nivel humanitario del uso de este arma y sus reducidas ventajas militares, cuyos resultados avalaban la prohibición de dicha arma. Además, en el caso de las minas antipersonas la crisis humanitaria era algo más evidente y había alcanzado unas proporciones mayores que en el caso de las bombas de racimo. Sin embargo, y pese a que estas habían matado y herido ya a miles de personas en las últimas décadas, la principal catástrofe todavía no había ocurrido y podía, por tanto, aún evitarse, por lo que se establecía sobre todo un “objetivo de prevención”. De igual manera, las más de 300 ONG que forman parte de la Coalición contra las Bombas de Racimo seguían el modelo de la campaña contra las minas antipersonas encaminado a lograr una estigmatización de los fabricantes de bombas de racimo, de tal forma que, aunque no firmasen los tratados de prohibición, acabasen por no comercializar dichas armas.

## VII. La firma del tratado

La ceremonia de firmas que tuvo lugar los días 3 y 4 de diciembre de 2008 en Oslo, con 94 Estados que suscribieron la convención tuvo, para las ONG que formaban parte de la Coalición contra las Bombas de Racimo, los Estados que habían promovido el proceso, las agencias de la ONU y el MICRMLR que habían estado luchando desde hacía más de cuatro años en favor de la prohibición de las bombas de racimo, un claro sabor a victoria. Desde la Coalición contra las Bombas de Racimo su copresidente, Moyes, declaró que “el mundo es un lugar más seguro hoy. Este es el acuerdo humanitario más importante de la última década” y consideró que el tratado suponía un compromiso moral que aumentaría el coste político de la utilización de estas armas para todos los estados, ya que “incluso los países que no firmaron tendrán dificultades de utilizar estas armas en el futuro”. Por su parte, el ministro noruego de Asuntos Exteriores, Jonas Gahr Støre, que ejerció de anfitrión de la ceremonia, calificó de “histórico” el día y comunicó que el tratado ya había sido ratificado por cuatro países: Noruega, el primero, Irlanda, Ciudad del Vaticano y Sierra Leona.

Más de cien países estuvieron representados allí, algunos por sus ministros de exteriores, como el caso de España, Francia, Alemania, Reino Unido y Japón, a fin de hacer más visible su compromiso con la iniciativa. Afganistán, según anunció su representante, que se había negado a firmarlo por ser un país en guerra, cambió a última hora de opinión, lo que provocó un estallido de júbilo entre los asistentes a la conferencia. Por el contrario, otros países productores y usuarios de bombas de racimo, como Estados Unidos, Rusia, China, India, Pakistán e Israel, brillaron por su ausencia. Daryl Kimball, director de la Asociación de Control de Armas, con base en Washington, sostenía que “es cierto que hay ausencias importantes, pero el mundo debe saber que el paso dado es muy importante” y que, “con más de 100 países comprometidos en su prohibición,

el Gobierno que utilice una bomba de racimo a partir de ahora sentirá los reproches de la comunidad internacional y deberá dar muchas explicaciones”

Según la propia Asociación de Control de Armas, Estados Unidos, con un *stock* de 700 millones de bombas de racimo, se comprometió hasta 2018 a no utilizar, vender o transferir bombas de racimo cuya tasa de error fuese superior al 1 % (la mayoría de las que posee no cumplen con este requisito), reiterando el departamento de Estado su oposición al tratado, pues, “aunque compartimos las preocupaciones humanitarias de los Estados signatarios del convenio [...] nosotros no nos sumaremos a él”. Como argumento, alegó que una prohibición de estas bombas formulada de manera tan general “pondrá en peligro las vidas de nuestros hombres y nuestras mujeres” y de sus socios de coalición en los conflictos. Con ese pretexto, Israel no solo no adoptaba ningún tipo de compromiso similar, sino que seguía comprando bombas de racimo a Estados Unidos y utilizándolas en su último conflicto, con la invasión de la franja de Gaza.

Sin embargo, las ONG que confiaban en que la llegada de Barack Obama a la Casa Blanca modificase esa postura, vieron cómo, en abril de 2009, el presidente firmó una ley que prácticamente eliminó la posibilidad de exportar este tipo de armas, al poner en marcha restricciones que prohíben vender las bombas de racimo cuando exista la posibilidad de que se vayan a destinar a zonas donde se encuentren civiles, decisión que se consideró un gran éxito para la campaña contra esas municiones y que representó, además, una señal de su compromiso con la diplomacia multilateral.

El texto final del nuevo tratado prohíbe la producción, uso, venta, transferencia y almacenaje de bombas de racimo y no será de aplicación a las minas. Dicho escrito entró en vigor a los seis meses de que haber sido ratificado por 30 Estados, los cuales debían presentar un listado detallado de su armamento, que sería destruido en un plazo máximo de ocho años (salvo el “número mínimo absolutamente necesario” para tareas de formación) y reclamaba la limpieza de las zonas “contaminadas” en un plazo de diez años y la ayuda a las víctimas. A pesar de las reticencias de algunos países, no se han incluido períodos de transición que permitirían seguir utilizando dichas armas durante un cierto tiempo, ni tampoco existe la posibilidad de que algún Estado exprese reservas sobre algunas de las disposiciones del tratado, ya que este lo prohíbe de manera expresa. Otro mecanismo que incorpora el tratado es el proceso por el que tendría que pasar un Estado firmante para tener que usar o vender bombas de racimo, con el que, para Greenpeace, se trata de fijar una barrera de “vergüenza política” mediante la cuales los dirigentes tendrían que explicar tan detalladamente los motivos que tenderían a evitarlo para no quedar retratados.

Uno de los elementos más innovadores, y que más satisfacción suscita entre las ONG, es el apartado relativo a la asistencia a las víctimas —uno de los menos fuertes del Tratado de Ottawa—, ya que se establece la obligación de proporcionar asistencia médica, rehabilitación y apoyo psicológico, teniendo en cuenta las consideraciones de sexo y edad, así como de recabar si es necesaria ayuda internacional. La aplicación de estas medidas debe llevarse a cabo por cada Estado parte a través del desarrollo de planes nacionales, en los que se fijen calendarios y presupuestos y cuyo cumplimiento

debe ser supervisado por el secretario general de la ONU mediante informes de los Gobiernos que comuniquen las medidas adoptadas para cumplir sus cláusulas.

Cada Estado parte estará obligado a informar al secretario general de la ONU “tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, no más tarde de 180 días a partir de la entrada en vigor de la convención para ese Estado”, de las medidas de transparencia que impone la misma. La primera reunión de los Estados parte se debe convocar en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la convención y la primera conferencia de examen a los cinco años de esa fecha. Asimismo, el contenido de la convención no estará sujeto a reservas y su duración será ilimitada, en tanto que cualquier Estado puede declarar mientras dura el proceso de incorporación que aplicará “provisionalmente” el contenido del artículo 1. Finalmente, “los Estados parte, su personal militar o sus nacionales” podrán cooperar militarmente y participar en operaciones con Estados no parte “que pudieran desarrollar actividades que estén prohibidas a un Estado parte” (artículo 21.3).

La permisividad respecto a la interoperabilidad permite también que las fuerzas armadas de los Estados firmantes puedan cooperar con otras que sí utilicen las bombas de racimo, punto incluido en las negociaciones para que países como Reino Unido pudieran sumarse al tratado sin poner en peligro su colaboración con Estados Unidos. La cooperación entre un país firmante y otro deberá cumplir, sin embargo, una condición básica: que el Ejército del primero no se apoye en el segundo, o se beneficie, de las bombas de racimo que utilice el segundo en las operaciones militares, vía que ha permitido que el tratado recibiese el apoyo de 18 de los 26 miembros de la OTAN.

Lo cierto es que todo parecía indicar que, al igual que ocurrió en Ottawa, tras la firma del Tratado de Oslo era posible que otros muchos se fuesen sumando al mismo de manera progresiva, hasta conseguir limitar en la medida de lo posible los terribles efectos de las bombas de racimo (no hay que olvidar que, en estos momentos, son ya 156 los Estados parte del Tratado de Ottawa). Una vez finalizada la ceremonia de Oslo, la convención aún puede ser firmada por los Estados en la sede de la ONU de Nueva York hasta que entre en vigor, una vez que 30 Estados hayan depositado sus instrumentos de ratificación ante el secretario general de la ONU — que actuará como depositario del tratado—, algo que Støre esperaba que ocurriese en 2009. De este modo, una vez que el tratado entrase en vigor, el período para su firma quedaría cerrado.

A día 1 de septiembre de 2009, eran ya 17 los Estados que habían ratificado el tratado, el último Slovenia; España ya lo había hecho el 17 de junio de 2009. En todo caso, los esfuerzos para incrementar el número de firmas y ratificaciones continuarán, a consecuencia de lo cual ya están siendo planeadas reuniones nacionales y regionales para animar a los Estados a unirse lo más pronto posible al mismo. Esto se debe a que los países firmantes están obligados a presionar a los países no vinculados con el tratado para que no empleen este tipo de armamento y a que ratifiquen el escrito cuanto antes. Por su parte, el CIRC ha preparado una variedad de materiales para ayudar a promover la convención y un DVD en el que describe el problema de las bombas de racimo y las obligaciones del nuevo tratado.

## Bibliografía

- ALCALDE VILLACAMPA, Javier (2007): "¿Las bombas de racimo ilegales en 2008? Hacia un nuevo proceso de desarme internacional", Fundación Real Instituto Elcano: documentos de trabajo.
- (2007): "España y las bombas de racimo". *Revista de Gobernanza y Seguridad Sostenible*, 32.
- GUSÍ, Francesc (2008): "La Conferencia de Dublín acuerda la prohibición de las bombas de racimo". *Revista Gobernanza*, 3.
- LAURIE, Gustavo (2007): *Restos explosivos de guerra*, Ginebra: UNIDIR.
- LOBO, Ramón (2007, 23 feb): "Contra las bombas antipersona", *El País*.
- NASH, Thomas (2006): "Stopping cluster munitions". *Disarmament Forum*, 4: 35-44.
- STAPP, Katherine (2004): "Racimos de muerte", *Tierramérica*.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José L. et al. (2007): *Derecho Internacional humanitario*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.



# **La protección del derecho a la vida en los conflictos armados actuales: los asesinatos selectivos y las ejecuciones extrajudiciales ante el Derecho Internacional**

**JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO**

Director del CEDIH de Cruz Roja Española

General consejero togado

SUMARIO: I. Introducción. II. La aportación del Derecho Internacional de los derechos humanos: la protección del derecho a la vida: 1. La prohibición de la privación arbitraria de la vida; 2. La posición de los tribunales y de los organismos internacionales; 3. Los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo: 3.1. El principio básico; 3.2. La noción de *hostilidades*; 3.3. Participación directa frente a participación indirecta; 3.4. La aportación del Derecho Internacional humanitario consuetudinario; 3.5. Retos planteados por los conflictos armados contemporáneos: A. El estatuto de los trabajadores civiles de empresas que participan en un conflicto armado; B. El ataque contra las redes informáticas; 3.6. El tiempo de duración de la participación directa: A. Los diversos antecedentes doctrinales: la teoría de la *revolving door*; B. Las conclusiones del Seminario de Expertos sobre Participación Directa en las Hostilidades convocada por el CICR y el Asser Institute; 3.7. La necesidad de verificación previa al ataque. III. Limitaciones establecidas por el Derecho Internacional humanitario para la protección de las personas civiles: 1. El principio de distinción; 2. La condición de combatiente; 3. La participación directa en las hostilidades; 4. El principio de proporcionalidad; 5. La necesidad de una investigación independiente. IV. La relación entre los derechos humanos y el Derecho Internacional humanitario en los conflictos armados. *Lex specialis* y aplicación complementaria. V. Conclusiones.

## I. Introducción

La protección de la vida e integridad personal en circunstancias de normalidad o excepcionales está regulada por el derecho de los derechos humanos, pero en los conflictos armados se rige por el Derecho Internacional, bien se trate del Derecho Internacional de los derechos humanos o del Derecho Internacional humanitario.

Este estudio se realiza desde la óptica del Derecho Internacional y tiene por objeto contestar a la pregunta de si, durante cualquier clase de conflicto armado o situación de ocupación militar, es lícita la que vulgarmente se califica con el término *licencia para matar*, a la vista de la política seguida por algunos Estados (en particular, dentro de la guerra contra el Terrorismo), promoviendo asesinatos selectivos o ejecuciones extrajudiciales.

Destaca Tom Ruys<sup>1</sup> que, paralelamente al incremento y emergencia de un terrorismo transnacional (o global), en varios países se advierte el recurso creciente al asesinato selectivo de personas previamente escogidas por la policía, las fuerzas armadas o los servicios de información o seguridad. Alude este autor a diferentes hechos: la muerte de Sheik Ahmed Yassin, líder de Hamás, en una operación militar de las Fuerzas de Defensa de Israel; el ataque por la aviación de Estados Unidos en Yemen contra sospechosos de pertenecer a Al Qaeda; al asesinato de líderes chechenos en Qatar por oficiales de inteligencia de Rusia; la política de Reino Unido definida por el término inglés *shoot-to-kill*, “disparar a matar”, en relación con supuestos terroristas, que ha dado lugar a una sentencia condenatoria del TEDH en el caso *Mc Cann*.

Hechos similares, cuando responden a una política estatal que promueve asesinatos con el pretendido amparo del Derecho Internacional durante una situación de conflicto armado u ocupación militar (muchas veces negada por los poderes públicos) y en ocasiones cometidos fuera del territorio del Estado actuante, presentan en las guerras actuales la grave cuestión de su hipotética cobertura legal (convencional) por los derechos humanos y por las normas del Derecho Internacional humanitario.

Para Kenneth Watkin<sup>2</sup> el siglo XXI, reflejo del 11 de septiembre de 2001, ha incrementado la compleja naturaleza de los conflictos modernos y significado retos al criterio tradicional de que el Derecho Internacional humanitario regula exclusivamente el uso de la fuerza en los conflictos armados. En efecto, la tecnología informática combinada con la información y la precisión de las armas se ha dirigido contra los líderes adversos como una de las mayores manifestaciones del cambio en las circunstancias del uso de la fuerza letal. Como ejemplos se citan: el intento de matar al Presidente Sadam Huseín al comienzo del conflicto de Iraq, los ataques a líderes de la resistencia palestina en los territorios ocupados por Israel o la muerte de sospechosos de pertenencia a Al Qaeda en Yemen.

---

<sup>1</sup> Tom Ruys (2005): “License to kill? State-sponsored assassination under international law”. *Revista de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra*, vol. I-II, 44: 15 y ss.

<sup>2</sup> Kenneth Watkin (2004): “Controlling the use of force: a role for Human Rights norms in contemporary armed conflict”. *American Journal of International Law*, vol. xcvi-1: 1 y 8.

Reitera este autor<sup>3</sup> que ello supone un desafío a la idea tradicional de que el uso de la fuerza en los conflictos armados está regulado únicamente por el Derecho Internacional humanitario y argumenta que la respuesta no puede consistir en la aplicación excluyente de aquella normativa, sino en preguntarse cuáles son los principios pertinentes que deben ser afirmados para asegurarse de que no existen lagunas en la protección humanitaria.

Louise Doswald-Beck<sup>4</sup> se plantea si, en relación con el derecho a la vida, el derecho internacional humanitario proporciona todas las respuestas. Su aportación parte de la interpretación del derecho a la vida por los convenios de los derechos humanos y analiza la gran influencia del derecho relativo al uso de la fuerza en los conflictos armados y ocupación cuando son claras las normas del Derecho Internacional humanitario.

La primera cuestión que debe abordarse es el reconocimiento mayoritario de que los derechos humanos deben seguir aplicándose durante los conflictos armados al mismo tiempo que el Derecho Internacional humanitario. Manuel Pérez González<sup>5</sup> ha escrito páginas bien reveladoras sobre la necesidad de una doble perspectiva (derecho humanitario y derechos humanos) estimando que el refuerzo de la protección hay que buscarlo en los principios y reglas del Derecho Internacional de los derechos humanos. Así pues, la tendencia es que las normas de los derechos humanos ayuden a clarificar determinadas situaciones durante los conflictos armados<sup>6</sup>.

Por otra parte, es evidente que la aplicabilidad conjunta de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario a la acción hostil no garantiza el respeto al derecho a la vida en todas las situaciones de un conflicto armado y, por tanto, es necesario interpretar las normas internacionales de acuerdo con las previsiones del Derecho Internacional humanitario. En este sentido, Doswald-Beck<sup>7</sup> sostiene la aplicación de los derechos humanos relativos al derecho a la vida como suplemento de las normas del Derecho Internacional humanitario en los casos de conflictos armados no internacionales y de ocupación militar, en supuesto de las personas civiles “que toman parte directa en las hostilidades”. La pregunta fundamental a la que responde esta autora consiste en determinar en qué ocasiones la aplicación de los derechos humanos puede suponer un cambio notable en el espíritu del Derecho Internacional humanitario, en relación con la prohibición tradicional del asesinato.

Debemos ahora hacer cumplida referencia a las reuniones de expertos promovidas por el CICR con el Asser Institute, con la finalidad de determinar “cuándo las personas civiles pueden ser atacadas al tomar parte directa en las hostilidades” (en lo sucesivo Informe de participación directa en las hostilidades con arreglo al Derecho Interna-

---

<sup>3</sup> *Op. cit.* Watkin, 2004: 2.

<sup>4</sup> Louise Doswald-Beck: “The right of life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?”. *International Review of the Red Cross*, vol. LXXXVIII, 864: 881 y ss.

<sup>5</sup> Manuel Pérez González y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (2002): “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos”. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, 1: 31 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. la opinión consultiva del CIJ sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares (1996). En particular, el número especial de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 139.

<sup>7</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 883.

cional humanitario)<sup>8</sup> y con el University Centre for International Humanitarian Law de Ginebra (UCIHL) sobre “el derecho a la vida en los conflictos armados y situaciones de ocupación”<sup>9</sup>.

## **II. La aportación del Derecho Internacional de los derechos humanos: la protección del derecho a la vida**

### **1. La prohibición de la privación arbitraria de la vida**

En principio el derecho a la vida es una garantía tan intensa que protege tanto en tiempo de paz como en conflicto armado, porque el punto de partida tanto de los derechos humanos<sup>10</sup> como del Derecho Internacional humanitario es la protección de los valores y dignidad de la persona humana. Sin embargo, el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar la seguridad de los ciudadanos y ello legitima el uso excepcional de la fuerza letal, aunque esta potestad es limitada y sometida a las normas jurídicas. Así, tanto los miembros de las Fuerzas armadas como las personas civiles gozan del mismo derecho a la vida de acuerdo con las normas de los derechos humanos y el Derecho Internacional humanitario. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el marco normativo del Derecho Internacional humanitario difiere del propio de los derechos humanos, pues las reglas del primero expresan un delicado equilibrio entre los principios de humanidad y de necesidad militar. En todo caso, esta precisión no significa que el derecho a la vida sea absoluto según los derechos humanos, pero el uso de la fuerza letal está estrictamente limitado por la prohibición de la privación arbitraria de la vida.

Destaca Doswald-Beck<sup>11</sup> que tres de los cuatro convenios más importantes en materia de derechos humanos (PIDCP de 1966, Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981) especifican que nadie puede ser privado arbitrariamente de la vida. Y más concretamente, el artículo 2.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 1950) establece que la privación de la vida solo puede darse cuando el resultado del uso de la fuerza es absolutamente necesario en los casos siguientes:

- a) en defensa de una persona contra la violencia ilegal (legítima defensa);
- b) como consecuencia de un arresto legal o para prevenir la fuga de una persona legalmente detenida;

---

<sup>8</sup> Informe “Participación directa en las hostilidades con arreglo al Derecho Internacional humanitario”, texto elaborado por Jean-François Quéguiner. Anexo I al documento “El Derecho Internacional Humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos” en 28.<sup>a</sup> Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja, Ginebra, 2003.

<sup>9</sup> UCIHL (2005): “Report of the expert meeting on the right to life in armed conflicts and situations of occupation”, Ginebra, 1 y 2 de septiembre de 2005.

<sup>10</sup> *Op. cit.* Watkin, 2004: 9.

<sup>11</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 83.

- c) dentro de una acción legal adoptada con el fin de combatir un motín o insurrección.

Ahora bien, este mismo convenio europeo contiene una excepción a la inderogabilidad del derecho a la vida que consiste, justamente, en las muertes resultantes de acciones legales de guerra, según el artículo 15.2.

La autora antes citada sostiene acertadamente que estas “acciones legales de guerra” se refieren a la conducta en los conflictos armados internacionales y se excluye la alusión al uso de la fuerza en una insurrección, ya que está citada y cubierta por mencionado apartado c del artículo 2 del mencionado convenio europeo.

Hay que resaltar que las muertes de individuos en cualquier territorio y en tiempo de paz (incluyendo motines o disturbios internos) es materia regulada por los derechos humanos, pero excluida del Derecho Internacional humanitario que se aplica solo en los conflictos armados internacionales o internos<sup>12</sup>.

## **2. La posición de los tribunales y de los organismos internacionales**

Estimamos que es decisivo en esta materia conocer como estas normas convencionales del Derecho Internacional de los derechos humanos han sido interpretadas por los tribunales y organismos internacionales. Se ha sostenido<sup>13</sup> que en muchos casos el resultado de la interpretación de las normas propias de los derechos humanos es similar al que se hubiera alcanzado con la aplicación del Derecho Internacional humanitario. En el caso de que existan hostilidades entre fuerzas gubernamentales y disidentes internos, el análisis de las normas convencionales se concreta en si se han adoptado o no las previsiones suficientes para evitar víctimas civiles.

En cuanto a la jurisprudencia del TEDH<sup>14</sup>, son significativas las decisiones sobre el caso de Ergi contra Turquía (uso de la fuerza por el Ejército turco contra miembros del Partido de los Trabajadores de Kurdistan [PKK por sus siglas en kurdo], caso presentado por los familiares de las personas civiles y no por los familiares de los disidentes) y sobre el caso de Güles contra Turquía (uso de una ametralladora por la policía para restaurar el orden en una manifestación). En este último, el citado tribunal no aceptó el argumento gubernamental de que la manifestación se había convertido en una rebelión por la presencia de miembros del PKK. Según la decisión debe existir un equilibrio entre el fin perseguido y los medios empleados, de forma que cuando las autoridades esperan desórdenes deben tener preparado el equipo necesario (porras, escudos, cañones de agua, balas de goma o gases lacrimógenos).

En los casos de Ysayeva, Yusupova y Bazayeva contra Rusia, referentes a los rebeldes chechenos, se estimaron insuficientes las precauciones adoptadas durante el planeamiento y ejecución de las acciones de fuerza para evitar o minimizar las víctimas civiles. Pero aceptó la necesidad del uso de la fuerza potencialmente letal para acabar

---

<sup>12</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 16.

<sup>13</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 884.

<sup>14</sup> *Op. cit.* Watkin, 2004: 19, en particular el caso Mc Cann contra Reino Unido. Cfr. Doswald-Beck, 2006: 884 y 886

con la insurrección en dos casos relativos a bombardeos aéreos en Chechenia. Se justificaba así<sup>15</sup> el uso de la fuerza mortal por los agentes del Estado cuando los rebeldes utilizan ese mismo tipo de fuerza letal durante las hostilidades.

Asimismo, en el caso Anchova contra Bulgaria se analizó la conducta de los agentes que dispararon contra personas que no portaban armas (previamente condenados por robo) para evitar la huida. Se juzgó excesivo el uso de la fuerza al no concurrir la necesidad de poner en riesgo la vida humana cuando se conoce la identidad de la persona que debe ser arrestada y esta no es sospechosa de delitos violentos, existiendo la posibilidad de arrestar más tarde al fugitivo. *A contrario sensu* el uso de la fuerza puede no constituir una violación si se ha puesto en peligro la vida de algunos o la persona es sospechosa de haber cometido delitos violentos, aunque exista la posibilidad de arresto con posterioridad<sup>16</sup>.

El asunto de Mc Cann contra Reino Unido es significativo<sup>17</sup> porque se establece la distinción entre el planeamiento de una operación policial y el uso de la fuerza letal por oficiales gubernamentales. El TEDH entendió que en la acción de la policía, disparando y causando la muerte a miembros del Irish Republic Army (IRA) en Gibraltar, no hubo violación del derecho a la vida porque los miembros del IRA estaban a punto de detonar un coche bomba. Sin embargo, se fundamenta la violación de este derecho por parte de Reino Unido en el hecho de que los agentes oficiales tuvieron (a lo largo de varios días) suficientes oportunidades para arrestar a tales personas, especialmente cuando cruzaron la frontera de Gibraltar. Además, la operación no fue planeada con el cuidado de minimizar la necesidad de disparar contra los miembros del IRA. En concreto no se aceptó el argumento del Gobierno de que el peligro para la población de Gibraltar, al no prevenir la entrada de los miembros del IRA en este territorio, se debió a la inexistencia de pruebas para acordar la detención y el juicio.

También son ilustrativos los informes del Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular en el caso de Guerrero contra Colombia, en el cual se examina la práctica del Gobierno de Colombia en relación con los bombardeos habituales de los campos de la insurgencia de las Fuerzas armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), especialmente cuando los rebeldes no desarrollan las hostilidades activamente<sup>18</sup>. El caso se refiere a la sospecha del Gobierno colombiano de que la organización guerrillera ha secuestrado a un antiguo embajador y le ha tomado como rehén en una casa. Cuando las fuerzas gubernamentales visitaron el edificio no encontraron al rehén, pero esperaron el regreso de los rebeldes y dispararon contra ellos aún cuando estaban desarmados. El comité reafirmó que el estado de emergencia existente en Colombia no ha derogado el derecho a la vida, violado por el uso de la fuerza cuando era posible el arresto en tales circunstancias. En el mismo sentido se pronunció este comité en el caso de Baboeran-Adhin y otros contra Surinam<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 884.

<sup>16</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 886.

<sup>17</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 18-19. También cita el caso de Andronicon y Constantinou contra Chipre. Cfr. *Op. cit.* Watkin, 2004: 20 y 21; *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 885-886.

<sup>18</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 17. *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 884-885.

<sup>19</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 17.

La importante aportación jurisprudencial del TEDH contrasta con la interpretación del término *arbitrariamente* por el Tribunal Africano de Derechos del Hombre y de los Pueblos (artículo 4 del convenio), al estimar que este concepto todavía debe ser completamente implementado. Por el contrario, la Comisión Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos ha encontrado violaciones del derecho a la vida interpretando ampliamente el citado artículo 4 del convenio<sup>20</sup>.

Destaca en la jurisprudencia de la Corte IDH la amplia interpretación del término *arbitrariamente* en relación con el derecho a la vida “como garantía para prevenir las ejecuciones sumarias”. En el asunto de Neira Alegre contra Perú esta corte valoró la muerte de presos durante la intervención de la policía peruana durante un motín producido en una cárcel<sup>21</sup>. Para acabar con un elevado riesgo y ante presos armados, la policía usó dinamita para volar el edificio causando lesiones o la muerte de más de cien reclusos. Se consideró que el uso desproporcionado de la fuerza y el hecho de que las autoridades peruanas no adoptaron todas las medidas necesarias para identificar a las personas, implicó la infracción del derecho a la vida.

La Comisión Europea de Derechos Humanos ha aplicado el Convenio de Roma, concretamente su artículo 2.2, en los casos de Wolfgram contra Alemania y Nelly contra Reino Unido, relativos a resultados de muerte por el Estado como consecuencia de una detención legal o para prevenir la fuga de una persona arrestada legalmente. En ellos, esta comisión emplea el test de proporcionalidad y razona el propósito de detener a determinadas personas para prevenir actividades terroristas. En el mismo sentido, en el asunto de Stewart contra Reino Unido examinó el uso de medios que han causado la muerte no intencional<sup>22</sup>.

El Derecho Internacional de los derechos humanos, en definitiva, limita el uso de la fuerza a situaciones de absoluta necesidad, disponiendo que debe ser utilizado un test estricto cuando determinadas actuaciones del Estado son necesarias en la sociedad democrática<sup>23</sup>.

Para Ruys<sup>24</sup> existe un criterio suficientemente consolidado por la jurisprudencia que, en relación con el derecho a la vida, se centra en los principios de necesidad y proporcionalidad. Únicamente cuando todos los intentos de detener a una persona fracasan o son claramente inapropiados, está justificado el uso de la fuerza.

Algunos autores<sup>25</sup> citan de forma muy pertinente el documento de las Naciones Unidas “Principios básicos de las Naciones Unidas sobre el uso de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de cumplir la ley”. Concretamente, el noveno principio que limita el uso de tal fuerza a lo estrictamente necesario: en defensa propia o de otros contra un inminente peligro de muerte o lesión grave; para prevenir la perpetración de un crimen especialmente grave que suponga un serio riesgo para la

---

<sup>20</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 18.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 19.

<sup>23</sup> *Op. cit.* Watkin, 2004: 17-18. En particular, cfr. ver la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso de Tennessee contra Garner.

<sup>24</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 20-21.

<sup>25</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 886-887; *Op. cit.* Watkin, 2004: 28.



vida; para detener a una persona que suponga un peligro y se resista a la autoridad o para evitar su fuga. Además, estos preceptos se aplicarían solo cuando medios menos gravosos fueren insuficientes para alcanzar estos fines. Dichos requisitos son alternativos, no acumulativos y, aunque el posible uso de la fuerza no está necesariamente limitado por la inminencia del riesgo, siempre está condicionado por la necesidad real y la proporcionalidad de dicho uso.

### **III. Limitaciones establecidas por el Derecho Internacional humanitario para la protección de las personas civiles**

#### **1. El principio de distinción**

En la actualidad no se duda que el principio de distinción es una norma básica del Derecho Internacional humanitario y tiene aceptación universal a nivel de los Estados, hasta el punto de que se considera parte esencial del Derecho Internacional humanitario consuetudinario. Por tanto, incluso los Estados que no son parte en el protocolo I de 1977, admiten la vigencia de tal regla como integrante de la costumbre internacional obligatoria.

Debemos recordar que el principio de distinción obliga a diferenciar en un conflicto armado entre las personas que combaten y los bienes que son objetivo militar por una parte y las personas y bienes civiles por otra, proclamando la inmunidad a los ataques de estas últimas personas y bienes. La norma es aplicable a los conflictos armados internacionales e internos<sup>26</sup>.

Existe pues una distinción relativa a las personas: combatientes y personas civiles, que admite dos excepciones: una, la de los combatientes fuera de combate, que son personas protegidas como víctimas de la guerra (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, entre otros); y otra, la de las personas civiles que solo pierden su inmunidad si toman parte directa en las hostilidades y durante el tiempo de su participación.

Las personas civiles son definidas negativamente por el artículo 50.1 del protocolo I de 1977, como aquellas que no pertenecen a ninguna de las categorías de combatientes, añadiendo que en caso de duda se presume la condición de persona civil. Quiebra el principio de distinción cuando las personas civiles participan directamente en la acción hostil y la consecuencia es que pierden su inmunidad frente a los ataques de la parte adversa, según el artículo 51.3 del citado protocolo.

Para el Derecho Internacional humanitario consuetudinario el principio de distinción se fundamenta en que los combatientes arriesgan sus vidas en el combate y, por tanto, pueden matar y ser muertos (herir y ser heridos), aunque no de cualquier forma

---

<sup>26</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 27.

ni con la utilización de cualquier medio. Las normas pertinentes del Derecho Internacional humanitario consuetudinario<sup>27</sup> disponen:

Norma 1. Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques solo podrán dirigirse contra los combatientes. Los civiles no deben ser atacados.

[...]

Norma 6. Las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

[...]

Norma 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques solo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados.

Estas normas, desde la óptica del principio de distinción, se completan con las reglas legales sobre prisioneros de guerra, que no pueden ser sometidos a juicio por el hecho de haber participado en los combates y que deben ser tratados con humanidad. Naturalmente pueden ser juzgados por crímenes de guerra cometidos durante las hostilidades, con las garantías establecidas por el Derecho Internacional humanitario.

## **2. La condicion de combatiente**

En las normas del Derecho Internacional humanitario, particularmente en el tercer Convenio de Ginebra y en su Protocolo Adicional I, se determina el concepto de combatiente en los conflictos armados internacionales, puesto que a tal condición se anudan dos consecuencias jurídicas: el derecho a participar (directa y legítimamente) en la acción hostil y el derecho al estatuto de prisionero de guerra.

En general, para que concurra en una persona la condición de combatiente, el Derecho Internacional humanitario exige, en primer lugar, que pertenezca a las Fuerzas armadas de una parte en conflicto y, por tanto, que se encuentre encuadrado en una organización militar dotada de disciplina interna, mando responsable y que respete las normas del Derecho Internacional humanitario. En segundo lugar, que se distinga de la población civil, portando un signo fijo reconocible a distancia y llevando las armas abiertamente.

De forma esquemática diremos que, en territorio ocupado, los civiles que portan las armas abiertamente en los ataques y se distinguen de la población civil son combatientes y tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra según el artículo 44 del Protocolo Adicional I. Las personas civiles que no se distinguen de la población civil no son prisioneros de guerra pero, si son capturados combatiendo, gozan de una protección equivalente (artículo 44 del Protocolo Adicional I). Los civiles, nacionales de una parte en conflicto de la cual no sean súbditos, que participan directamente en las hostilidades están protegidos por el cuarto Convenio de Ginebra. Y, finalmente, las

---

<sup>27</sup> Jean-Marie Henckaerts (2005): *Customary international humanitarian law*, III vol., Cambridge: Cambridge University Press, vol. I: 3, 19 y 25.

personas civiles extranjeras gozan de la protección residual (artículo 3 común a todos los Convenios de Ginebra y artículo 75 de su Protocolo Adicional I).

En la actualidad, el argumento de que las personas civiles están protegidas a menos que abiertamente realicen actos de agresión o porten las armas, encuentra especiales dificultades, según Watkin<sup>28</sup>, para ser mantenido cuando grupos armados que técnicamente poseen el estatuto de personas civiles no pueden ser considerados combatientes legales. Estima este autor que si los civiles cumplen una función similar a los combatientes, en las Fuerzas armadas o como parte de una organización de agentes no estatales ilegítimos, están lógicamente sujetos a los ataques conforme a las previsiones del derecho internacional humanitario.

Afirma Ruys<sup>29</sup> que la categoría de personas civiles que toman parte directa en las hostilidades está sujeta a grandes debates, y el primer problema consiste en determinar el estatuto de tales personas. Se emplean diversos términos en la literatura jurídica para designarlos: *beligerantes no privilegiados*, *combatientes ilegales* o *combatientes no privilegiados*. Pero, como afirma el CICR en sus comentarios, toda persona en poder del enemigo debe tener un estatuto determinado según el Derecho Internacional humanitario: el de prisionero de guerra, el de civil amparado por el cuarto Convenio de Ginebra o el de miembro del personal sanitario de las fuerzas armadas. Ninguna persona en poder de la parte adversa puede estar fuera de la ley.

Un problema distinto es el estatuto de los agentes no estatales, que participan en un conflicto armado<sup>30</sup>. El término *no estatales* designa, tanto a participantes privados en el conflicto armado, como a fuerzas irregulares pertenecientes al propio Estado. Cabe señalar, que calificar a estos actores privados reviste mayor dificultad por el incremento del uso de la etiqueta de terrorista. No obstante, es bien sabido que los ilegítimos actos de terror también pueden ser llevados a cabo por cuenta del Estado. Personas que no tienen o tienen escasa relación con las Fuerzas armadas de un Estado han participado regularmente en la acción hostil dentro del contexto de un conflicto armado. Las previsiones del protocolo I de 1977, ciertamente no ratificadas por algún Estado importante, suponen un hito decisivo a la hora de dotar a las Fuerzas armadas de los movimientos de liberación nacional no estatales con el estatuto de combatientes. Sin embargo, algunos integrantes estatales y participantes no estatales en un conflicto armado internacional, han sido calificados con los términos *beligerantes no privilegiados* o *combatientes ilegales*. Para Watkin<sup>31</sup>, estos actores no estatales que no son calificados con el estatuto de combatientes, a menudo participan en las hostilidades con un nivel y un grado de intensidad semejante al de las fuerzas armadas regulares y de las fuerzas irregulares legítimas.

Por lo tanto, se hace necesario examinar el moderno concepto de *combatientes ilegales*.

---

<sup>28</sup> *Op. cit.* Watkin, 2004: 17.

<sup>29</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 28.

<sup>30</sup> *Op. cit.* Watkin, 2004: 6.

<sup>31</sup> *Op. cit.* Watkin, 2004: 7.

A este respecto, Knut Dörmann<sup>32</sup> examina la situación jurídica de una categoría de personas a quienes la terminología estadounidense denomina *combatientes ilegales* o *combatientes no privilegiados*, criticando desde la óptica del Derecho Internacional humanitario la postura de quienes entienden que tales combatientes quedan fuera de los ámbitos de aplicación del tercer y cuarto convenios firmados en Ginebra en 1949.

Existe una postura, minoritaria entre la doctrina, que sostiene que los civiles que participan directamente en las hostilidades quedan fuera de la protección del Derecho Internacional humanitario. No compartimos esta posición extrema ni tampoco la más moderada o intermedia de quienes estiman que los combatientes no privilegiados solo gozan de la protección del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del artículo 75 del Protocolo Adicional I de 1977. Por el contrario, creemos que la interpretación sostenida por el CICR y la doctrina mayoritaria se asienta sólidamente en el artículo 4 del cuarto Convenio de Ginebra. O, en palabras del propio CICR: “los civiles que han tomado parte en las hostilidades y cumplen con los criterios de nacionalidad previstos en el IV Convenio de Ginebra siguen siendo personas protegidas en virtud de dicho Convenio”. Los civiles que no cumplan el criterio de la nacionalidad (extranjeros) están, en todo caso protegidos por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y por el artículo 75 de su Protocolo Adicional I.

En una reciente e importante obra en la que el CICR examina el Derecho Internacional humanitario consuetudinario<sup>33</sup>, se formula la Regla consuetudinaria número 106, así: “Los combatientes deben distinguirse de la población civil mientras toman parte en un ataque o en una operación militar preparatoria de un ataque. Si no lo hacen así, no tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra”.

### **3. La participación directa en las hostilidades**

#### **3.1. El principio básico**

El mayor problema jurídico que se presenta hoy, en relación con las ejecuciones extrajudiciales de personas civiles en caso de conflicto armado, es la determinación de lo que debe entenderse como participación directa (protocolos I y II de 1977, adicionales a los Convenios de Ginebra) o como participación activa (artículo 3 común a los Convenios de Ginebra). Como advierte la doctrina<sup>34</sup>, no se cuestiona esta calificación en la conducta consistente en participar en la acción militar haciendo fuego con armas, sabotando instalaciones militares, municionando a los combatientes o proporcionándoles información. Pero un caso distinto supone la contribución general al esfuerzo bélico, aportando víveres a los que combaten o trabajando en una fábrica

---

<sup>32</sup> Knut Dörmann (2003): “La situación jurídica de los combatientes ilegales / no privilegiados”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 849.

<sup>33</sup> Henckaerts, 2005: regla 106.

<sup>34</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 28-29.

de armamento, porque hay que tener en cuenta que todas las personas civiles de un territorio en conflicto armado contribuyen en mayor o menor grado al esfuerzo que supone la guerra.

Hay que destacar que la contribución indirecta o no activa a la acción hostil puede suponer la detención e incluso la imposición de una pena de las personas civiles, pero no las convierte en cuanto tales en objeto de un ataque, que solo se justifica cuando es directa su participación.

Quéguiner<sup>35</sup> presenta los conceptos de participación *directa* o *activa* (términos similares, según el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso de J. P. Akayesu) en las hostilidades de las personas civiles, resaltando sus consecuencias como la pérdida de la inmunidad en el ataque o el régimen legal de los enemigos capturados. Los términos *directa* y *activa* han presentado algunas dificultades en la versión inglesa del citado artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (*active part*) frente a los protocolos adicionales (*direct participation*), pero no en la versión española que utiliza únicamente el término *directa* para tales normas convencionales.

Aunque los comentarios del CICR a los protocolos adicionales han considerado similares ambos términos, la Comisión Preparatoria de la CPI vio algunas diferencias en el caso de participación de los niños en las hostilidades.

En el Seminario de Expertos sobre Participación Directa en las Hostilidades<sup>36</sup> se pretendió distinguir entre dos grupos de personas civiles: los que contribuyen al apoyo de las operaciones militares y los civiles “puros” (como los niños), a los que hay que proteger en todas las circunstancias. Sin embargo, parte de los expertos rechazaron esta distinción puesto que argumentó que no se puede tratar a unos civiles como “más civiles que a otros” y, en todo caso, esta diferenciación podría socavar la protección general de la población civil como tal.

Ante la carencia de una definición explícita de la participación directa en las hostilidades, se ha señalado<sup>37</sup> que ni las actas de la Conferencia Diplomática de 1949, ni las de la Conferencia Diplomática de 1974-1977 nos proporcionan una definición precisa de qué debe entenderse por participación directa en la acción hostil.

Y, sin embargo, en la reunión de expertos antes mencionada<sup>38</sup> se destacó la utilidad de una definición, la exigencia de una mayor clarificación ante la inexistencia de una interpretación unánime y se propuso la elaboración de una lista no exhaustiva de actos de participación directa para llegar a una definición general.

Se establece el principio básico siguiente: “Las personas civiles que toman parte directa en las hostilidades no están protegidas durante el tiempo en que participan en la acción hostil”.

---

<sup>35</sup> Jean-François Quéguiner (2003): “Direct participation in hostilities under International Humanitarian Law”, Harvard University: Briefing Paper, Research Initiative reaffirmation and development IHL, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research.

<sup>36</sup> *Op. cit.* Informe “Participación directa en las hostilidades con arreglo al Derecho Internacional humanitario”, elaborado por Quéguiner.

<sup>37</sup> *Op. cit.* Quéguiner (2003): 1.

<sup>38</sup> *Op. cit.* Informe “Participación directa en las hostilidades con arreglo al Derecho Internacional humanitario”, elaborado por Quéguiner.

La protección de la vida y de la integridad corporal es un derecho básico que reconoce el Derecho Internacional humanitario a las personas civiles que no pueden ser atacadas (artículo 51 del protocolo I de 1977 y Derecho Internacional humanitario consuetudinario) de forma directa o con ataques indiscriminados, constituyendo un crimen de guerra (artículo 8 del Estatuto de la CPI) el ataque intencionado a las personas civiles.

¿Cuál es la esencia de este principio? Una persona que no es combatiente debe abstenerse de participar directamente en la acción hostil y si lo hace viola una norma, pero no pierde su estatuto de persona civil. Naturalmente está sujeto a los riesgos de un ataque como persona que combate, pero no goza de los derechos que otorga el estatuto de combatiente (condición de prisionero de guerra) ni de la inmunidad de la población civil. Es un civil que desempeña la función de combatiente y, por ello, no puede conservar la protección que se garantiza a los civiles que no combaten.

La Cruz Roja establece que a los civiles no se les permite tomar parte directa en las hostilidades y, a la vez, permanecer inmunes a los ataques. En cuanto a los combatientes ilegales, siempre que se mantenga su estatuto de personas civiles (al no formar parte de las Fuerzas armadas del enemigo) y tomen parte en el combate, cesa la protección de los mismos como civiles y quedan sujetos al riesgo de ataques directos como combatientes.

Sin embargo, aunque las personas civiles que toman parte directa en la acción hostil no tienen la inmunidad propia de los civiles, no dejan de ser civiles, aunque sus actos desmientan dicha condición.

### 3.2. La noción de *hostilidades*

Advierte Quéguiner<sup>39</sup> que, aunque los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales hacen un uso extenso de la palabra *hostilidades*, no definen específicamente este término, ya que en ocasiones se usa como sinónimo de *conflicto armado*. Sin embargo, en sentido estricto, designa las acciones ofensivas y defensivas y las operaciones militares llevadas a cabo por los beligerantes durante un conflicto armado<sup>40</sup>.

En sentido amplio se pueden deducir tres características del concepto de hostilidades<sup>41</sup>:

- primera, el acto u operación debe estar ligado intrínsecamente a un conflicto armado, pues en ausencia de este un ataque contra las Fuerzas armadas del Estado constituye un delito sancionado en el derecho interno;
- segunda, los actos deben ser realizados por beligerantes (combatientes) aunque se trate de personas civiles, pero no incluye la actividad de grupos criminales sin conexión con el conflicto armado;

<sup>39</sup> *Op. cit.* Quéguiner (2003): 1.

<sup>40</sup> Pietro Verri define las hostilidades como “un acto de violencia por un beligerante contra un enemigo en orden a poner fin a su resistencia e imponerle obediencia” (Pietro Verri (1992): *Dictionary of the international law of armed conflict*, Ginebra: CICR: 57.

<sup>41</sup> *Op. cit.* Quéguiner (2003): 2.

— tercera, requiere actos de violencia o uso de la fuerza, cuya naturaleza e intención sea dañar o lesionar al personal o material de las fuerzas armadas.

Ahora bien, tomar parte en las hostilidades no se condiciona a que la persona civil haya hecho uso de sus armas ni a que las porte (abiertamente o de forma oculta), puesto que la denominación *hostilidades* comprende, no solo el tiempo en que una persona civil hace uso del arma, obtiene información o prepara la acción hostil, sino que también abarca las situaciones en que desarrolla actos hostiles sin usar las armas y se amplía a las hostilidades dirigidas contra las fuerzas armadas y contra la población civil. Se debe ahora recordar que las personas civiles no pierden su inmunidad por tomar parte en las hostilidades, sino por tomar parte directa.

Finalmente habría que hacer una distinción, dentro de un conflicto armado, entre las hostilidades y las relaciones no hostiles entre beligerantes, como las treguas, suspensiones de armas, armisticios locales o acuerdos para el canje de prisioneros, zonas neutralizadas o desmilitarizadas, entre otras.

### 3.3. Participación directa frente a participación indirecta

En los comentarios del CICR al protocolo I de 1977, se sostiene que la participación directa en las hostilidades supone una relación causal entre la actividad<sup>42</sup> dirigida contra el enemigo en el tiempo y lugar donde esta acción se realice y el daño causado. En otras palabras, como expresa Quéguiner<sup>43</sup>, la conducta de la persona civil debe constituir una amenaza militar directa e inmediata contra el enemigo. Este criterio, no obstante, ha sido modificado por parte de la doctrina y la práctica de los Estados para ampliar el concepto, incluyendo actividades de protección personal, infraestructuras o material, aunque no supongan una acción violenta.

Guillory<sup>44</sup> entiende que los civiles participan directamente cuando están integrados en una operación de combate (es decir, cualquier actividad militar que se proponga quebrantar las operaciones del enemigo o destruir sus fuerzas o instalaciones), considerando que la integración se define como una (ininterrumpida) parte indispensable de una actividad tal que la acción no pueda cumplir su función sin la presencia de estas personas.

Para los citados comentarios del CICR no existen dudas de que constituye participación directa en la acción hostil, el hecho de llevar a cabo un ataque (definido en el artículo 49 del protocolo I de 1977); es decir, una acción de combate o el uso de la fuerza armada para realizar una operación militar. Pero no solo comprende actos de lucha física, sino también el hecho de dar órdenes para atacar o colocar aparatos explosivos.

Asimismo el carácter directo de la intervención se extiende a la preparación del ataque o al retorno desde el lugar atacado. Debe ser citada la Orden ejecutiva de Estados Unidos sobre la prohibición del asesinato (número 123 333), que expone un criterio mucho más amplio al sostenido por el comentario del CICR, puesto que las personas

---

<sup>42</sup> CICR (2001): "Comentario del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949": 516.

<sup>43</sup> *Op. cit.* Quéguiner (2003): 3.

<sup>44</sup> Michael E. Guillory (2001): "Civilianizing the force: is the united status crossing the rubicon?". *Air Force Law Review*, vol. LI: 117.



civiles que trabajan en industrias militares (científicos civiles que ocupan posiciones clave en los programas de armamento, que se estiman vitales para la seguridad nacional) puede ser considerados como participantes directos en las hostilidades.

Es hora ya de dar cuenta de algunos actos específicos que pueden ser incluidos en la noción de *participación directa* en la acción hostil, según el informe sobre participación directa en las hostilidades<sup>45</sup>. Así, existe un acuerdo general sobre algunas actividades como participar en un ataque, tratar de capturar a miembros de las Fuerzas armadas enemigas, sus armas, equipos o posiciones, colocar minas o sabotear las líneas de comunicación militar. Por el contrario, no sería participación directa la actividad de las personas civiles que trabajen en una fábrica de armas.

En numerosas ocasiones se planteó la clásica cuestión, ¿es lícito atacar directamente al conductor civil de un camión que porta municiones en una zona de combate? ¿esta persona ha perdido su inmunidad? No existe consenso acerca de las respuestas de los expertos, aunque se considera<sup>46</sup>, en todo caso, que el camión es un objetivo militar que puede ser atacado para detener el municionamiento, respetando el principio de proporcionalidad.

El hecho de portar armas no significa de forma automática que integre una forma de participación directa, pues el personal sanitario está autorizado para ello por los Convenios de Ginebra.

Se plantean situaciones problemáticas como el bombardeo de estaciones de radio y televisión, en ocasiones consideradas objetivos militares como parte de las redes de transmisión del enemigo. No obstante, se rechaza generalmente que los periodistas participen directamente en la acción hostil al realizar funciones de propaganda y mantenimiento de la moral de los combatientes.

Presenta graves dudas el estatuto de las autoridades políticas civiles que, en ocasiones, contribuyen (directa o indirectamente) en la conducción de las hostilidades y el estatuto de las personas civiles que voluntariamente se prestan a actuar como “escudos humanos” para poner a cubierto de los ataques determinados objetivos militares.

### **3.4. La aportación del Derecho Internacional humanitario consuetudinario**

Según la sexta norma del Derecho Internacional humanitario consuetudinario<sup>47</sup>, “las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”. Esta se aplica tanto a los conflictos armados internacionales como a los internos. El carácter consuetudinario de esta norma se funda en el artículo 51.3 del protocolo I de 1977, apoyado en declaraciones formuladas durante la propia conferencia internacional y en el momento de su ratificación (Reino Unido), en manuales militares incluso de países que no son parte en el citado protocolo y en la posición del CICR compartida por diversos Estados.

---

<sup>45</sup> *Op. cit.* informe “Participación directa en las hostilidades con arreglo al Derecho Internacional humanitario”, elaborado por Quéguiner: 33.

<sup>46</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 29.

<sup>47</sup> *Op. cit.* Henckaerts, 2005: 20 y ss.

El artículo 13.3 del protocolo II de 1977 declara la inmunidad de la población civil salvo y por el tiempo en que tomen parte directa en las hostilidades. Esta regla fue incorporada a diversos manuales militares aplicables en los conflictos armados no internacionales y adoptada por la CIDH en el caso de La Tablada (Argentina). Esta Comisión define la participación directa en las hostilidades como actos que, por su naturaleza o finalidad, están dirigidos a causar daños personales o materiales al enemigo<sup>48</sup>.

En distintos manuales militares se califica de este modo la conducta de una persona civil que usa las armas u otros medios para cometer actos de violencia contra los efectivos humanos o materiales de las fuerzas enemigas, señalando como ejemplos, servir como escoltas, así como de agentes de información o vigilancia permanente de fuerzas militares (Estados Unidos, Ecuador y Filipinas).

El informe de la CIDH sobre Colombia<sup>49</sup> proporciona un criterio para distinguir entre participación directa o indirecta en la acción hostil. Constituye participación indirecta, expresar simpatía por una de las partes o, más claramente, dejar de actuar para prevenir una incursión por una de las partes, sin actos de violencia que pongan en riesgo inmediato de daño real a la parte adversa.

En el informe que trata sobre la práctica de Ruanda de la CDH de la ONU, se excluye, el apoyo logístico del concepto de participación directa y pierden su estatuto de civiles las personas desarmadas que siguen a las fuerzas armadas durante un conflicto armado internacional para facilitarles comida, transportarles municiones o comunicarles mensajes. Por el contrario, en el contexto de un conflicto armado no internacional, los civiles desarmados que colaboran con una de las partes en el conflicto son personas civiles siempre. Esto se justifica porque, en los conflictos armados no internacionales, los civiles son forzados a colaborar con la parte en cuyo poder se encuentran.

Se debe concluir que el uso de las armas u otros medios para cometer actos de violencia contra los efectivos humanos o materiales de las fuerzas enemigas supone una definición clara y uniforme de la participación directa en la acción hostil, pero este concepto no ha sido desarrollado por la práctica estatal<sup>50</sup>.

Varios manuales militares, entre ellos el de España, establecen que las personas civiles que trabajan dentro de los objetivos militares (fábricas de municiones, por ejemplo) no participan directamente en las hostilidades, aunque deben asumir los riesgos derivados de un ataque a un objetivo militar. Por el contrario, no tiene fundamento en la práctica de los Estados la teoría de que tales personas deben ser consideradas como cuasicombatientes.

### 3.5. Retos planteados por los conflictos armados contemporáneos

Quizá, la aportación de mayor interés del Seminario de Expertos sobre Participación Directa en las Hostilidades<sup>51</sup> fue el estudio de esta noción en relación con los de-

---

<sup>48</sup> CIDH: "Tercer informe sobre derechos humanos en Colombia".

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> *Op. cit.* Henckaerts, 2005: 23.

<sup>51</sup> *Op. cit.* informe "Participación directa en las hostilidades con arreglo al Derecho Internacional humanitario", elaborado por Quéguiner: 34 y ss.

safíos de los conflictos armados actuales, pues es evidente la influencia de la doctrina estratégica, táctica y práctica militar contemporánea en la protección de la población civil. Así, la progresiva desaparición del concepto de *campo de batalla* y los nuevos métodos de conducción de las hostilidades, hacen inoperantes las definiciones basadas en la proximidad geográfica o física a la zona de combate (zonas neutralizadas o desmilitarizadas). Asimismo, la confianza en medios de tecnología avanzada (precisión en los bombardeos) carece de sentido ante la realidad de la guerra asimétrica.

Destacan dos factores en numerosos conflictos armados actuales: en primer lugar, la gran dependencia de las armas actuales de la tecnología; en segundo lugar, la disminución de los presupuestos militares, que lleva a buscar la eficacia con un coste menor que solo pueden ofrecer las empresas privadas. Se trata de la externalización de la guerra, puesto que se confían auténticas actividades militares a empresas, de forma que los contratos de compraventa de sistemas de armas incluyen su mantenimiento por el personal de la empresa suministradora, incluso durante el conflicto armado.

Nos detendremos en dos situaciones que inciden especialmente en el concepto de participación directa en la acción hostil.

### **A. El estatuto de los trabajadores civiles de empresas que participan en un conflicto armado**

Los empleados civiles de empresa que suministran sistemas de armas y colaboran en su mantenimiento, a menudo ocupan posiciones vitales para el combate, sirviendo como ejemplo el personal civil experto en informática, del que en ocasiones depende la verificación de la naturaleza militar de un objetivo potencial.

Parte de los expertos en la mencionada reunión estimó que era necesario clasificar en subcategorías a las personas civiles, en relación con su consideración como objetivos militares. Se apuntó el criterio orgánico (formar parte de una estructura militar), que fue rechazado al conducir a la noción de cuasicombatientes. Tampoco el criterio funcional triunfó al ser poco práctico. Otra postura consistió en la oposición a la clasificación por categorías intermedias, por estimar que afecta al principio de distinción y entrañar el peligro de aplicar los mismos criterios a un contratista de armas que al conductor de un camión con municiones. Se concluyó que no era necesario crear nuevas categorías jurídicas aunque hubo de reconocerse que la noción de *fuerzas armadas* del protocolo I de 1977 no resuelve todos los problemas y solo es de aplicación en los conflictos armados internacionales<sup>52</sup>.

Una posible solución sería la calificación de los trabajadores civiles de estas empresas colaboradoras como “personas civiles que siguen a las fuerzas armadas sin formar parte de ellas” que recoge el artículo 4 del tercer Convenio de Ginebra de 1949.

Desde luego es rechazable la inclusión de estos trabajadores en el concepto de *mercenarios*, establecido con requisitos muy rigurosos en el artículo 47 del protocolo I

---

<sup>52</sup> *Op. cit.* informe “Participación directa en las hostilidades con arreglo al Derecho Internacional humanitario”, elaborado por Quéguiner: 36.

de 1977, pues carecen de la primera condición de la norma, es decir, ser especialmente reclutados a fin de combatir en un conflicto armado.

## **B. El ataque contra las redes informáticas**

Más conocido por su denominación en inglés *Computer Network Attack* (CNA), este concepto hace referencia a toda operación que tiene la finalidad de perturbar, denegar, destruir o deteriorar la información contenida en ordenadores o redes informáticas. No plantea objeciones la conclusión de que un CNA equivale a un ataque armado a tales redes informáticas y, por tanto, está sujeto a las normas del Derecho Internacional humanitario como parte de las operaciones de un conflicto clásico o como una guerra cibernética que produce los daños o destrucción propios de un ataque.

La cuestión es que la mayor parte de los operadores informáticos son personas civiles, lo que hace problemático su estatuto civil puesto que el intento de neutralizar una red informática enemiga mediante un CNA podría considerarse como participación directa en la acción hostil<sup>53</sup>.

## **3.6. El tiempo de duración de la participación directa**

### **A. Los diversos antecedentes doctrinales: la teoría de la *revolving door***

Pese a la claridad de las normas del Derecho Internacional humanitario, como el artículo 51.3 del protocolo I de 1977, y a su carácter consuetudinario, ha habido diferentes posturas doctrinales sobre el tiempo de duración de la participación directa en las hostilidades.

Para Ruys<sup>54</sup> los civiles que toman parte directa en la acción hostil pueden recobrar su inmunidad frente a los ataques cuando cesan en sus actividades ilegales, aunque pueden ser perseguidos por sus actos anteriores. Es decir, las personas civiles solo pueden ser atacadas cuando participan en operaciones militares, pero si, una vez finalizada esta participación, se encuentran en su domicilio, han vuelto a su vida privada o a comprar en el mercado, no deben ser objeto de ataque directo a pesar de que pueden ser detenidos y sometidos a juicio.

En contra, algunos autores objetan a esta postura advirtiendo que puede llevar al abuso del estatuto de personas civiles y que se reclame esta condición tan pronto como se dejen de usar las armas. Es la llamada teoría de la *revolving door* ('puerta giratoria'), que pone de manifiesto el peligro de que las personas civiles recobren la inmunidad durante el lapso de tiempo entre dos actos de hostilidad. Aunque hay que precisar que algunos interpretan que también están sujetos a los ataques durante la

---

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 29.

preparación de la acción hostil y en el camino de regreso desde el lugar donde han participado en las hostilidades.

Watkin<sup>55</sup> sostiene que si los miembros de un grupo armado participan directamente en las hostilidades, puede ser razón suficiente para que pierdan su inmunidad. Dinstein<sup>56</sup> parece ir más lejos al estimar que los beligerantes no privilegiados pueden ser atacados en todo tiempo. Con razón, esta última argumentación es rebatida por la mejor doctrina<sup>57</sup>, que la considera incompatible con el tenor literal del citado artículo 51.3 del protocolo I de 1977.

### **B. Las conclusiones del Seminario de Expertos sobre Participación Directa en las Hostilidades convocada por el CICR y el Asser Institute**

Estos expertos se plantearon las consecuencias jurídicas de la pérdida de inmunidad contra los ataques, preguntándose si sería lícito el ataque contra miembros individuales de las fuerzas armadas, combatientes sin inmunidad, durante permisos, vacaciones o misiones no relacionadas con los conflictos armados<sup>58</sup>. Concluyen que podrían ser atacados ya que pueden lícitamente tomar las armas en cualquier momento.

Ahora bien, la cuestión es más compleja cuando se trata de personas civiles que tomen parte directa en las hostilidades porque solo pierden su inmunidad “mientras dure tal participación directa” según el mencionado artículo 51.3 del protocolo I y artículo 13.3 del protocolo II, ambos de 1977. La duración de la participación directa fue objeto de un debate centrado en la interpretación de la teoría de la puerta giratoria, según la cual las personas civiles pueden recobrar su inmunidad contra el ataque tan pronto como hayan depuesto las armas. Una primera postura sostuvo la idea de ampliar la noción de *combatientes* para incluir a las personas civiles que toman parte en la acción hostil, de forma que tales combatientes lícitos o ilícitos pudieran ser objeto de ataque en todo momento. Pero otros participantes objetaron, con sobrada razón, que esta interpretación podría socavar el principio de distinción y que tampoco podría fundarse siempre en el principio de necesidad militar, si estas personas civiles pudieran ser detenidas al depone sus armas.

En relación con este tema, se estudiaron las consecuencias de la afiliación de personas, que no son miembros de las fuerzas armadas, a grupos armados que usan la fuerza de modo habitual. Se llegó a la conclusión de que no se pierde la inmunidad derivada de su condición civil por la mera afiliación a un grupo armado, según los Convenios de Ginebra, sus protocolos adicionales y la historia de estas normas convencionales, en el caso de los conflictos armados internacionales.

---

<sup>55</sup> Kenneth Watkin: “Combatants, unprivileged belligerents and conflicts in the 21.<sup>st</sup> century”, IHLRI-Background Paper: 12.

<sup>56</sup> Yoram Dinstein (2004): *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge: Cambridge University Press: 29.

<sup>57</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 29.

<sup>58</sup> *Op. cit.* informe “Participación directa en las hostilidades con arreglo al Derecho Internacional humanitario”, elaborado por Quéguiner: 37.

Menos diáfanas fueron las conclusiones en el caso de los conflictos armados internos, donde no se definen los combatientes ni las fuerzas armadas. Así, se estimó que la afiliación a una organización militar podría conllevar la pérdida de inmunidad contra los ataques, siempre que la organización funcionase como una unidad militar. En todo caso, se diferenció esta situación de conflictos armados internos respecto de la de violencia interna (disturbios internos y tensiones interiores), donde rigen las normas de derecho interno y de los derechos humanos.

También se distinguió este marco normativo de la situación de ocupación bélica, cuando el nivel de la acción hostil podría determinar la aplicación de las normas sobre conducción de las hostilidades, puesto que, conforme a los principios del cuarto Convenio de Ginebra, la potencia ocupante tiene obligación de garantizar la seguridad mediante medidas de persecución de los delitos consistentes en la detención, el internamiento y el enjuiciamiento de los presuntos autores de los crímenes cometidos<sup>59</sup>.

### **3.7. La necesidad de verificación previa al ataque**

Es precisa, según la doctrina del Derecho Internacional humanitario, una información bien contrastada mediante una meticulosa verificación para incluir a determinadas personas civiles en una categoría que supone importantes consecuencias, ya que los civiles indefensos no deben ser atacados. La información debe comprender tanto la identidad como las actividades de quienes son sospechosos de tomar parte directa en las hostilidades. Esto se debe a que el hecho de permitir disparar contra personas civiles enemigas por simples sospechas, vulnera los principios básicos del Derecho Internacional humanitario. Ciertamente, la carga de la prueba es gravosa en los casos de un ataque armado, pero es indispensable en los supuestos de duda realizar la verificación necesaria.

## **4. El principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad es, también, uno de los más importantes logros del actual Derecho Internacional humanitario, tiene carácter consuetudinario y base convencional en el protocolo I de 1977.

Es necesario destacar que el tantas veces citado Grupo de Expertos Gubernamentales<sup>60</sup>, consideró que los ataques estatales pueden ser legales, aún en el contexto de una ocupación en la que no se han reanudado las hostilidades; es decir, cuando es aplicable el modelo de “hacer cumplir la ley”. Si bien hubo acuerdo en que, en la mayor parte de las situaciones, los ataques no serían lícitos pues en las ocupaciones tranquilas, el Estado ocupante ejerce un control suficiente para proceder a la detención del personal

---

<sup>59</sup> *Op. cit.* informe “Participación directa en las hostilidades con arreglo al Derecho Internacional humanitario”, elaborado por Quéguiner: 38.

<sup>60</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 896.

de que se trate. Y así, en tales casos, la fuerza letal solo puede usarse si existe un riesgo inminente de muerte o lesiones para el funcionario que ejecuta el arresto o para una tercera persona, o cuando es la única vía para impedir la fuga de personas peligrosas.

Los expertos recuerdan oportunamente el contenido del noveno principio de los “Principios básicos de las Naciones Unidas sobre el uso de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de cumplir la ley”, que establece como condición para el uso de la fuerza letal: “Prevenir la perpetración de un crimen grave que suponga grave riesgo para la vida”.

Se debe destacar que corresponde al Estado la obligación de actuar con la debida diligencia para proteger la vida de los ciudadanos contra posibles acciones letales de personas no pertenecientes al Gobierno.

En consecuencia, los expertos consideraron que puede no ser ilegal un ataque mortal en una situación excepcional con las siguientes características:

- que tenga lugar en un área donde el Estado no ejerza un control efectivo, por lo que la detención no sería razonable;
- que las autoridades estatales hayan pedido la transferencia del individuo a cualquier autoridad que posea el control del área;
- que el individuo haya realizado graves actos hostiles, con riesgo de pérdida de vidas y, según una información fiable, se conozca que continúa en la comisión de tales actos contra la vida de las personas que el Estado tiene la obligación de proteger;
- que sean insuficientes otras medidas para evitar el riesgo.

Se ha estimado que estas conclusiones son también aplicables a los conflictos armados no internacionales, cuando existan miembros no combatientes de grupos armados rebeldes no comprometidos en actos violentos.

Ruys<sup>61</sup> escribió que la política de asesinatos llevada a cabo por Israel es problemática, conforme al principio de proporcionalidad (artículo 33 del cuarto Convenio de Ginebra que prohíbe las penas colectivas y cualquier medida de intimidación y terrorismo).

Este autor se refiere, en apoyo de su tesis, al ataque aéreo realizado en un barrio de la ciudad de Gaza (22 de julio de 2002) para matar al activista de Hamás Salah Shehadeh, con el resultado de 16 personas civiles muertas (entre ellas nueve niños), 70 heridos y seis casas próximas destruidas. Ataque que califica de inequívocamente desproporcionado. Otro ejemplo de ataque por parte de las Fuerzas de Defensa de Israel fue el asesinato de Yasser Mohamed Ali Taha en 2003, cuando viajaba en coche en el centro de la ciudad de Gaza. Fue muerto en unión de otros seis, entre los que figuraba su mujer embarazada, su hija de 18 meses y cuatro civiles espectadores, además de 20 heridos, algunos de ellos niños.

Observa con razón este autor que si el propósito de esta política consiste en paralizar a los grupos terroristas por el miedo a ser incluidos en la lista de objetivos de Israel, el temor se extiende a las personas civiles debido a los daños colaterales.

---

<sup>61</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 36. Cita un informe del Grupo Palestino Derechos Humanos según el cual más de 150 ataques letales han causado la muerte de 60 personas no participantes que se encontraban en el escenario del ataque.



En todo caso, la calidad de la información y la investigación posterior son requisitos ineludibles, puesto que cualquier norma que, de modo excepcional, permita ataques letales está expuesta al abuso en un porcentaje muy considerable<sup>62</sup>.

Con acierto plantea Ruys<sup>63</sup> que la legalidad de los ataques letales conforme al Derecho Internacional humanitario debe valorarse caso por caso, pues sus requisitos (estatuto del combatiente y proporcionalidad) dependen a menudo de las circunstancias.

Finalmente, se debe tener en cuenta que el principio de proporcionalidad está recogido en el protocolo I de 1977, cuando prohíbe los ataques indiscriminados en el artículo 51.4, que los define como aquellos en los que sea de prever que causarán incidentalmente muertes y heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja concreta y directa prevista. También se refiere al principio de proporcionalidad el artículo 57 del mismo protocolo. Así, cuando en una operación militar dirigida directamente contra combatientes y objetivos militares o contra personas civiles que toman parte directa en la acción hostil, se lesiona o daña también a personas civiles que no participan en las hostilidades; la regla dice que el daño incidental causado a estas últimas debe ser proporcionado en relación con la ventaja perseguida por ese ataque<sup>64</sup>.

## 5. La necesidad de una investigación independiente

Aunque la obligación de abrir una investigación no está expresamente recogida en los convenios sobre Derecho Internacional humanitario, en los casos de muerte por uso de una fuerza letal puede deducirse este deber de los tratados de derechos humanos (aplicables también en los conflictos armados), en relación con la protección del derecho a la vida y con la interpretación de la obligación estatal de “asegurar el respeto de estos derechos fundamentales”. Esta regla implica la adopción de medidas positivas para garantizar el cumplimiento de las normas de los derechos humanos, por lo que es necesario el establecimiento de un procedimiento de investigación ante un uso ilegal de la fuerza, a instancia de la persona afectada. Pero es que, además, el resultado de la investigación aporta el conocimiento para evitar futuros errores y violaciones<sup>65</sup>.

En el mismo sentido se han pronunciado diversos tribunales regionales y organismos internacionales de derechos humanos. Así, la Corte IDH en el asunto de Myrna Mack Chang contra Guatemala estableció el deber de los Estados de adoptar medidas, entre las que figura de forma especial una investigación, en el caso de ejecuciones extralegales para evitar la creación de un clima de impunidad. Asimismo, el TEDH ha determinado las condiciones para estas investigaciones, a saber: Que el Estado ha de actuar con todo interés y de motu proprio (‘por su propia iniciativa’), con indepen-

---

<sup>62</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 897.

<sup>63</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 36.

<sup>64</sup> Cfr. “Opinión consultiva de la CIJ sobre la licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares”, en particular, la opinión de la jueza Higgins (1997). *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 139.

<sup>65</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 887.

dencia de la petición de los afectados y sin que se trate de un cumplimiento meramente formal. Cuando se denuncien muertes ilegales causadas por agentes estatales la investigación debe ser efectiva (es decir, debe servir de apoyo para adoptar una decisión sobre la justificación o no del uso de la fuerza) e independiente respecto a las personas implicadas en el suceso (se debe evitar la relación jerárquica o institucional, para lograr una independencia práctica). Naturalmente no existe una obligación de resultado, pero sí de celeridad y de razonable aportación de los medios adecuados, pues cualquier deficiencia que tenga como resultado la indeterminación de la causa y de las circunstancias de la muerte o de las personas responsables, conllevaría el riesgo de desprestigiar la propia investigación.

Se trata, además, de mantener la confianza de la opinión pública en relación con el funcionamiento del Estado de derecho, prevenir la tolerancia con los actos ilegales y garantizar la exigencia de las oportunas responsabilidades. En consecuencia, debe existir cierto grado de publicidad y transparencia en la investigación.

El relator especial de las Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias ha determinado la responsabilidad por violaciones del derecho a la vida en los conflictos armados y situaciones de ocupación bélica. Hace lógica referencia a las normas específicas del Derecho Internacional humanitario sobre crímenes de guerra y a la obligación de los Gobiernos de asegurar el respeto a tales normas. Destaca la obligación efectiva de investigar a los sospechosos de violaciones del Derecho Internacional humanitario mediante procedimientos imparciales e independientes para perseguir y castigar las infracciones, al tiempo que pone de relieve la necesidad de una supervisión sistemática en la investigación periódica de las instituciones y prácticas militares para asegurar el derecho a la vida.

Este informe reconoce las características únicas del conflicto armado, pero insiste en que la investigación debe evaluar si el fallecido tomaba parte (directa) en las hostilidades y si ha existido proporcionalidad. En relación con los militares, los beligerantes deben evitar las acusaciones falsas y abstenerse de las críticas al Derecho Internacional humanitario afirmando que no se respeta en la práctica.

El relator especial<sup>66</sup> deploró, en especial, las políticas que han permitido excepciones injustificadas a los anteriores requisitos y la lenidad penal de determinado personal militar condenado por asesinato. En cuanto a la necesidad de transparencia en la investigación, estima que sus resultados deben hacerse públicos, incluyendo detalles de su desarrollo.

Doswald-Beck<sup>67</sup> escribe, acertadamente, que aunque ni los tratados de derechos humanos ni los de Derecho Internacional humanitario incluyen explícitamente el deber de investigación, con una interpretación *bona fide* del Derecho Internacional humanitario se llega a la conclusión de que toda sospecha de violación de este necesita ser inspeccionada adecuadamente.

Las sucesivas reuniones de expertos sobre esta materia<sup>68</sup> resaltaron que todo uso de la fuerza letal contra una persona depende de la misma identificación de la víctima del

---

<sup>66</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 889.

<sup>67</sup> *Ibidem.*

<sup>68</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 897.

ataque y este es, justamente, el origen de la norma que exige que los combatientes se distingan visualmente de la población civil vistiendo un uniforme o portando las armas abiertamente. Esta regla, propia de los conflictos armados internacionales, ofrece considerables dificultades cuando se trata de la identificación de personas sospechosas de formar parte de grupos armados no estatales en el contexto de un conflicto armado no internacional o en situaciones de ocupación bélica.

En consecuencia, el uso de la fuerza letal contra una persona civil en el momento en que no utiliza la violencia tiene la posibilidad de error, que es particularmente grave en el caso de los ataques mortales. Por ello, los expertos de la reunión convocada por el CICR y la UCIHL señalaron la necesidad de cumplir determinados requisitos de procedimiento, tanto antes (verificación) como después (investigación) de tales ataques letales.

Por supuesto, con antelación al uso de la fuerza mortal, hay que comprobar que el individuo objeto del ataque estatal ha cometido y continúa cometiendo actos hostiles de gravedad, por lo que existe la necesidad de matarlo para proteger la vida de otras personas. Los expertos apuntan que este procedimiento previo se asemeja a los juicios *in absentia* ('en ausencia del acusado'), por lo que no eximen al Estado de su obligación de juzgar al individuo, previamente detenido, si es posible.

Pero la cuestión que ahora nos interesa es la obligación de realizar una investigación fiable para que pueda legalizarse el uso estatal de la fuerza letal. Aunque los Estados, en general, no creen que deban cumplir el requisito de desarrollar una indagación siempre que se hace uso de la fuerza (porque ello es difícilmente factible durante las hostilidades en un conflicto armado), una interpretación *bona fide* del Derecho Internacional humanitario conduce a la exigencia de una investigación en orden a asegurar que las fuerzas estatales respetan la ley, en particular si hay sospecha de posibles ilegalidades<sup>69</sup>.

Finalmente, los resultados de la citada indagación, cuando se hacen públicos, pueden tener un estimable efecto disuasorio para hacer cesar los ataques letales ilegales, salvo en situaciones muy excepcionales.

#### **IV. La relación entre los derechos humanos y el Derecho Internacional humanitario. *Lex specialis* y aplicación complementaria**

El profesor Pérez González<sup>70</sup> ha afirmado acertadamente la compatibilidad entre la aplicación del Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario en el contexto de un conflicto armado, como una doble perspectiva que refuerza la protección. Y, en relación con los asesinatos selectivos o ejecuciones extrajudiciales, Doswald-Beck<sup>71</sup> se pregunta si las normas de los derechos

---

<sup>69</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 898.

<sup>70</sup> Manuel Pérez González y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (2002): "El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional humanitario y de los derechos humanos". *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LIV, 1: 31 y ss.

<sup>71</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 898.

humanos son incompatibles con el Derecho Internacional humanitario, dada la naturaleza de este último como *lex specialis*. El término se utiliza para describir un tipo de normas más detallado en cualquier rama del derecho y, en este caso, se refiere a la rama del derecho creada específicamente para regular los conflictos armados. Estas reglas especiales no aparecen recogidas en las normas de los derechos humanos. Así, la CIJ en la opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado<sup>72</sup> confirmó la aplicación concurrente de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario, declarando que algunos derechos pueden ser materia exclusiva del Derecho Internacional humanitario, otros exclusiva de los derechos humanos y otros pueden ser materia común de ambas ramas del Derecho Internacional.

Watkin<sup>73</sup> plantea la relación directa entre el Derecho Internacional humanitario y los derechos humanos en el ámbito del derecho a utilizar la fuerza para oponerse a la violencia, en un nivel que linda con el conflicto armado y que concreta en la división entre estos dos regímenes normativos que separan la regulación de la actuación de las fuerzas policiales y el estatuto de los combatientes, particularmente, en los territorios ocupados o en los conflictos armados internos.

Por su parte, Meron<sup>74</sup> destaca que los derechos humanos o, por lo menos, un mínimo de su núcleo inderogable, continúa aplicándose en tiempo de conflicto armado llenando el vacío de protección que pueda presentar el derecho de la guerra en algunas circunstancias.

Concretando su análisis a los asesinatos promovidos por el Estado durante los conflictos armados, Ruys<sup>75</sup> afirma que la protección ofrecida por los tratados de los derechos humanos no cesa en el caso de los conflictos armados, excepto en las derogaciones o suspensiones previstas en tales convenios. Pero existen derechos inderogables, entre los que está el derecho a la vida, que continúan aplicándose, tanto en los conflictos armados internacionales, como en los internos o en los supuestos de ocupación bélica. Esto se debe a que las normas del Derecho Internacional humanitario y de los derechos humanos integran el núcleo común del estándar fundamental aplicable en cualquier tiempo. Para este autor, ello significa que el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida se aplica en las hostilidades, aunque el alcance de lo que deba interpretarse como privación arbitraria de la vida queda limitado al determinarse por la *lex specialis* aplicable, que es el Derecho Internacional humanitario. En estos casos, se produce un equilibrio entre el derecho a la vida y el concepto de necesidad militar o de mantenimiento del orden, por lo que parece claro que los combatientes pueden ser atacados en el curso de un conflicto armado, incluso cuando duermen o descansan, conforme a las normas del Derecho Internacional humanitario.

---

<sup>72</sup> AG de las Naciones Unidas: doc. A/ES-10/273.

<sup>73</sup> *Op. cit.* Watkin, 2004: 24.

<sup>74</sup> Theodor Meron, Asbjørn Eide y Allan Rosas: "Combating lawlessness in gray zone conflicts through minimum humanitarian standard". *American Journal of International Law*, vol. LXXXIX, 1: 215.

<sup>75</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 30-31.

Los expertos de la reunión convocada por el CICR y la UCHL<sup>76</sup> coincidieron en que la interpretación de la CIJ sobre la relación entre los derechos humanos y el Derecho Internacional humanitario (este último como *lex specialis*) no fue clarificadora, por lo que se discutió sobre la aplicación concurrente de ambas áreas del derecho, con particular incidencia en el uso de la fuerza letal en los conflictos armados internos y situaciones de ocupación bélica. La cuestión es menos relevante en los conflictos armados internacionales, fuera de los casos de ocupación, pues el Estado atacante carece de jurisdicción sobre el territorio no ocupado, que no controla. Sin embargo, la CIDH ha aplicado la Declaración Interamericana de Derechos Humanos al uso de la fuerza letal contra personas fuera de la jurisdicción del Estado atacante.

Ahora bien, es útil preguntarse si pueden ser aplicadas las normas de los derechos humanos en caso de conflicto armado, a la vez que se considera el Derecho Internacional humanitario como *lex specialis*. Hay que tener en cuenta la dilatada historia y vigencia del estatuto de los combatientes en el Derecho Internacional humanitario, así como el hecho de que los derechos humanos no reconocen categorías de personas como combatientes o civiles, por lo que es aplicable el Derecho Internacional humanitario como *lex specialis* y aceptable la legalidad de un ataque a los combatientes (o personas civiles que toman parte directa en la acción hostil) en un conflicto armado internacional.

Apunta Watkin<sup>77</sup>, después de reconocer que el desarrollo del cuarto Convenio de Ginebra constituye el más notable avance del Derecho Internacional humanitario en el siglo xx, que tal convenio opera como parte de la *lex specialis* del Derecho Internacional, pero también incorpora algunos principios de los derechos humanos y clarifica el papel de la potencia ocupante respecto de las personas civiles bajo su jurisdicción y el mantenimiento, con excepciones, de un sistema penal en los territorios ocupados.

Doswald-Beck<sup>78</sup> recuerda que el CEDH contempla la excepción de los actos legales de guerra en los conflictos armados internacionales, mientras que en otros tratados de derechos humanos se considera que atacar a los combatientes no puede ser calificado como arbitrario, pues las normas del Derecho Internacional humanitario establecen cuándo un combatiente puede ser atacado y cuándo goza de protección al encontrarse fuera de combate. Esta sería la interpretación más compatible en relación con el carácter del Derecho Internacional humanitario como *lex specialis*.

Por otra parte, el uso de la fuerza letal contra personas que no suponen un riesgo y contra quienes han sido arrestados por las autoridades o han sido heridos y se abstienen de realizar actos hostiles, está prohibido por tratarse de una violación del derecho a no ser privados arbitrariamente de la vida<sup>79</sup>. Ello supone, en definitiva, un incremento de la protección de las personas civiles en caso de conflicto armado, pues es necesaria una verificación de las circunstancias para respetar el derecho a la vida.

Dentro de la importante cuestión de si los derechos humanos añaden condiciones extraordinarias al Derecho Internacional humanitario que prohíbe los ataques a per-

---

<sup>76</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 899.

<sup>77</sup> *Op. cit.* Watkin, 2004: 26.

<sup>78</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 899.

<sup>79</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 31

sonas civiles o combatientes fuera de combate, Doswald-Beck<sup>80</sup> sostiene que es clara la respuesta afirmativa en el caso de ocupación bélica y de los conflictos armados no internacionales, en los supuestos en que estas personas puedan ser detenidas. Entonces, ¿se puede aplicar esta conclusión a los conflictos armados internacionales? Desde el punto de vista de los derechos humanos no hay razones para negarlo siempre que exista jurisdicción y, en particular, respecto de las “personas civiles que toman parte directa en las hostilidades”. Es más difícil afirmarlo en relación a los combatientes, pues el Derecho Internacional humanitario no nos ofrece una norma (salvo los casos de combatientes fuera de combate) que disponga que un combatiente no puede ser atacado si es posible proceder a su arresto.

Sin embargo, esta autora<sup>81</sup> opina que la razón de la ausencia de tal norma debe ser examinada con cuidado, ya que existe la vieja regla que prohíbe el asesinato y plantea la reflexión sobre si las normas de los derechos humanos son verdaderamente distintas a las reglas originales y a la filosofía del Derecho Internacional humanitario. Se refiere seguidamente a las normas del Derecho Internacional humanitario que protegen a los combatientes fuera de combate y prohíben la traición y la perfidia.

Para Watkin<sup>82</sup> el reto, en el momento actual, consiste en separar los incidentes que son simplemente criminales de aquellos que forman parte de las acciones propias de los conflictos armados, es decir de una resistencia armada o de fuerzas opositoras contra una ocupación militar (caso de Iraq o del conflicto israelo-palestino en el Oriente Próximo). Este desafío se complica cuando se estudia la relación entre los derechos humanos y el Derecho Internacional humanitario surgida en el contexto posterior al 11 de septiembre de 2001, dentro de las operaciones realizadas en la estrategia nacional para la seguridad interna que se conoce como guerra contra el Terror.

A la pregunta ¿son los derechos humanos incompatibles con las normas originarias y filosofía del derecho de la guerra?, Doswald-Beck<sup>83</sup> contesta que las normas específicas de los derechos humanos —como el derecho a la vida— no son incompatibles si son interpretadas en la práctica correctamente. Así, el CICR propuso en la mencionada reunión de expertos (convocada por el propio CICR y el Asser Institute) una norma que reflejase la regla de los derechos humanos prohibiendo la muerte de personas que pudieran ser detenidas, salvo en el caso de necesidad militar. No obstante, la referencia a la necesidad militar suscita dudas puesto se trata de un principio antes que una norma y podría producir encontradas interpretaciones según las circunstancias. En todo caso parece evidente que atacar a una persona civil (que ha perdido su inmunidad al tomar parte directa en las hostilidades) cuando puede ser arrestada no resulta necesario desde el punto de vista militar.

La autora<sup>84</sup> se plantea dos opciones: la primera, es la posibilidad de una definición estricta del concepto de *tomar parte directa en las hostilidades* que incluya únicamente a personas (incorporadas o no a un grupo armado) que inician la marcha para hacer

---

<sup>80</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 900.

<sup>81</sup> *Ibidem.*

<sup>82</sup> *Op. cit.* Watkin, 2004: 28.

<sup>83</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 902.

<sup>84</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 903.

fuego con un arma; la segunda, consiste en la aplicación paralela de las normas de los derechos humanos. Finalmente, se decanta por esta última referencia debido a que considera que refleja mejor el derecho vigente.

## V. Conclusiones

Aunque el derecho a la vida no es absoluto según las normas del Derecho Internacional humanitario y de los derechos humanos, es necesario afirmar el principio de su protección tanto en período de paz como en los conflictos armados, al tiempo que se establece un marco normativo claro para garantizar el derecho a la no privación arbitraria de la vida.

Ahora bien, ¿qué respuesta aporta el Derecho Internacional ante la licencia para matar que parece encontrarse detrás de determinadas ejecuciones extrajudiciales? Algún relevante autor<sup>85</sup> denuncia, en relación con la política de algunos Estados de asesinatos selectivos, que Israel ha recurrido a los ataques letales desde el año 2000 y Estados Unidos ha iniciado la adopción de técnicas similares en la guerra contra el Terror. Critica, asimismo, la actuación de Rusia en Chechenia dentro de este conflicto armado, volando las viviendas de los rebeldes y sus familias, calificados como terroristas. Y no faltan quienes, afectados por el síndrome posterior a los atentados del 11 de septiembre de 2001, cuestionan la distinción entre guerra y paz, a la vez que justifican el asesinato como método de guerra cuando la nación es amenazada por grupos ilegítimos.

A este panorama actual hay que sumar, en opinión del mismo autor, que las fuerzas policiales de Reino Unido han adoptado en ocasiones la política de disparar a matar respecto a los sospechosos de terrorismo, como en el caso de Jean Charles Menezes en el metro de Londres (7 de julio de 2005) y en el citado asunto de Mc Cann (Gibraltar).

Watkin<sup>86</sup> destaca que actualmente actores no estatales participan en los conflictos armados de ámbito internacional, y que este tipo de guerra privada desafía las bases estatales del régimen internacional establecido, de forma que es necesario facultar al Derecho Internacional humanitario para regular los conflictos armados contemporáneos de manera efectiva con normas realistas sobre el uso de la fuerza letal que reflejen el nivel de violencia y la naturaleza de la amenaza. Muy particularmente, es precisa esta regulación en los conflictos armados no internacionales, en las situaciones de ocupación bélica y en la guerra contra el Terror. Reconoce este autor que, tanto el Derecho Internacional humanitario como los derechos humanos, han hecho importantes contribuciones para el disfrute de los derechos fundamentales y, en particular, ha resultado muy positiva la incorporación de los principios de los derechos humanos relativos a la responsabilidad en relación con el uso de la fuerza en los conflictos armados.

---

<sup>85</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 38.

<sup>86</sup> *Op. cit.* Watkin, 2004: 34.



Con razón apunta Doswald-Beck<sup>87</sup> que la aplicación conjunta de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario a las hostilidades, no garantiza el derecho a la vida en todas las situaciones de un conflicto armado, que debe interpretarse de acuerdo con las previsiones, el espíritu y el propósito del Derecho Internacional humanitario. Ahora bien, acertadamente rechaza la opinión de quienes entienden que los derechos humanos solo se aplican en tiempo de paz, puesto que esta conclusión no se deriva del texto de los convenios de derechos humanos. Por el contrario, ambas ramas del Derecho Internacional (Derecho Internacional humanitario y derechos humanos) protegen a las personas de la violencia innecesaria. En el caso del Derecho Internacional humanitario se trata de la necesidad de asegurar que las fuerzas armadas no vean frustrada su misión de controlar un conflicto armado interno o de vencer en un conflicto armado internacional. En el supuesto de los derechos humanos el fundamento es la necesidad de garantizar el orden en la sociedad. Pero en los dos casos estas reglas deben prevenir las muertes innecesarias y desproporcionadas, prohibiendo la venganza, la megalomanía y la crueldad.

Si el Derecho Internacional humanitario permite la muerte no pèrfida de los combatientes y de las personas civiles (mientras toman parte en la acción hostil), el derecho a la vida (derechos humanos) complementa estas normas prohibiendo la muerte arbitraria de las personas civiles, puesto que hay que respetar los principios de proporcionalidad y de necesidad, así como realizar una verificación e investigación efectivas.

Por otra parte, Ruys<sup>88</sup> solicita modificar el marco establecido para el trato a los terroristas en cuanto erosiona el Estado de derecho. Y apunta dos razones. La primera es que el terrorismo no es un fenómeno nuevo pero todavía no está definido en el plano internacional. Si, en ocasiones, no es fácil distinguir a un terrorista de las personas que luchan contra una parte adversa estatal, se pregunta este autor: ¿cómo podemos decidir a qué personas debe denegarse la protección de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario?

La segunda razón es que no debe infravalorarse la ruptura del Estado de derecho, cuya primera víctima es la población civil, lo que proporciona argumentos que utilizan la propaganda de las organizaciones terroristas y dificultan su erradicación.

Como afirma el CICR es necesario trazar un equilibrio entre los intereses de la seguridad estatal, la seguridad individual y las libertades civiles; en general, la política de disparar a matar viola este balance. Así, se concluye afirmando que es imprudente abrir las puertas para legalizar los ataques letales realizados por los Estados promotores de los asesinatos.

En un sentido análogo, Watkin<sup>89</sup> reflexiona sobre la necesidad de que los Estados y organismos internacionales de derechos humanos reajusten su entendimiento sobre el papel que deben jugar los derechos humanos, desde la óptica de la responsabilidad y a la vista del uso de la fuerza letal en los conflictos armados, pues no puede permitirse una laguna en el esfuerzo para garantizar la aplicación de normas apropiadas de humanidad.

---

<sup>87</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 903.

<sup>88</sup> *Op. cit.* Ruys, 2005: 39.

<sup>89</sup> *Op. cit.* Watkin, 2004.

Doswald-Beck<sup>90</sup> concluye su excelente aportación al tema, afirmando que las claras y bien establecidas normas del Derecho Internacional humanitario pueden ser consideradas *lex specialis*. Y añade que, sin embargo, cuando exista algún tipo de duda o en los casos en que las normas son demasiado generales para proporcionar todas las respuestas, es cuando los derechos humanos deben colmar el vacío aportando sus reglas, que no son incompatibles con el espíritu y propósito fundamental del Derecho Internacional humanitario. Los derechos humanos, en este caso el derecho a la vida, es aceptado como complemento y elemento interpretativo de las normas del Derecho Internacional humanitario relativas al uso de la fuerza en los conflictos armados no internacionales y situaciones de ocupación bélica, aplicándose a las personas civiles que toman parte directa en la acción hostil para prevenir muertes innecesarias.

---

<sup>90</sup> *Op. cit.* Doswald-Beck, 2006: 904.

# **La doctrina de imposición de la democracia. Consecuencias en la política exterior y la política interior de Estados Unidos**

**JOAQUÍN ROY**

Catedrático Jean Monnet

Director del Centro de la Unión Europea

Universidad de Miami

SUMARIO: I. Introducción: recordando discursos inaugurales. II. Consideraciones generales: 1. Advertencia; 2. Lo que es noticia. III. El discurso político y su interpretación: 1. El mensaje básico de Bush contra el terrorismo; 2. De la contención y la disuasión a la agresión positiva; 3. La cobertura contextual: la ideología de la ultraderecha; 4. Un asunto externo; 5. La raíz del deterioro; 6. El interés nacional. IV. Ciclos, modos y tendencias de la política exterior: 1. El dilema entre idealismo y realismo; 2. Ciclos de la política exterior; 3. Modos y tendencias; 4. La era *jacksoniana*; 5. La “ideología” de Bush. V. Presente futuro de las relaciones transatlánticas: 1. Pautas y diagnóstico; 2. La reelección de Bush; 3. Impacto en Europa y Latinoamérica. VI. Conclusión.

## **I. Introducción: recordando discursos inaugurales**

En vísperas de su segunda toma de posesión, George W. Bush reconoció su error cuando retó a la disidencia terrorista iraquí con un conminatorio “que vengan” y que se trajera a Bin Laden “vivo o muerto”. Fue una machada que alarmó, en su momento, al Pentágono y a su esposa Laura. Representaba una nota de moderación bajo la expectación levantada acerca del contenido y el tono del discurso de su segunda inauguración. También significaba una mejora con respecto a su negativa en el curso de los debates electorales a admitir errores de juicio en su primer mandato. Apenas reconoció haberse equivocado en el nombramiento de algunos de sus subalternos, quienes al parecer no estuvieron a la altura de sus expectativas. Lo cierto es que la limitación de Bush al escuchar ha quedado ampliamente superada por su contundencia de comunicar lo que desea, lo que piensa, y lo que quisiera que sus aliados siguiera según, naturalmente, sus propias convicciones.

Bush no defraudó tampoco en el discurso de su segunda asunción<sup>1</sup>. Asimismo, los discursos ofrecidos durante su gira europea de febrero de 2005 y las contestaciones en las conferencias de prensa, aunque su tono fue más moderado en un esfuerzo por limar asperezas, confirmaron en su esencia las líneas básicas de su pensamiento estratégico y de lo que esperaba de sus socios y aliados<sup>2</sup>. Estas declaraciones no fueron tampoco una novedad en su currículum, ni contradijeron la larga tradición de los mandatarios norteamericanos. En contra de lo que pudiera parecer, tampoco parece existir demasiada diferencia entre los mensajes de los presidentes de los dos partidos mayoritarios estadounidenses, por lo que la apuesta realizada en el exterior (sobre todo en gran parte de Europa y América Latina), mayoritariamente por la candidatura de John F. Kerry, ahorró la decepción que en el curso de 2005 pudiera haberse producido. En lo fundamental, el mensaje tradicional de Estados Unidos, sea quien sea el que esté en el poder, tiene una cierta coherencia y es producto de un amplio consenso, aunque con matices importantes.

Lo cierto es que Bush tuvo, antes de subir al podio, la misma losa sobre sus hombros que los anteriores presidentes, remontándose hasta la aparición estelar de Kennedy. Nadie todavía ha superado las palabras clásicas, irrepetibles y musicales que adornaron el mensaje del entonces más joven presidente los Estados Unidos en toda su historia.

Todos sus sucesores se han enfrascado en la modulación de la política de la contención inaugurada por Harry S. Truman, luego endurecida por la disuasión y la amenaza de la destrucción mutua asegurada. Pero nadie ha superado a Kennedy, aunque Bush lo intentó con la repetición del tema central (la expansión de la democracia a todo el globo), cuando sublimó el compromiso de Estados Unidos en su discurso de enero de 1961. Aparte de indicarles a los norteamericanos que “no pidieran a su país qué es lo que podía hacer por ellos, sino que se preguntaran qué podían hacer ellos por su país”, prometió “pagar cualquier precio, sobrellevar cualquier carga, enfrentarse a toda dificultad, apoyar a todo amigo, oponerse a cualquier enemigo, para asegurar la supervivencia y el éxito de la libertad”.

Obsérvese que la insistencia en la primacía del tema de la libertad se convirtió en obsesivo y excluyente en el discurso de Bush en su segunda toma de posesión. Como veremos más adelante, la idea de “cualquier precio” ha sido interpretada de distintas maneras en el curso de cuatro largas décadas, y trágicamente en algunos casos concretos. El primero de estos fue, definitivamente, Vietnam y el más reciente puede ser, lamentablemente, Iraq.

---

<sup>1</sup> Cfr. Bush, 2002.

<sup>2</sup> Para la consulta de los textos completos de los discursos y conferencias de prensa, se recomienda la página web de la Casa Blanca: <http://www.whitehouse.gov/> [citado 27 may 12]. Para un comentario anticipatorio de la atmósfera antes del viaje, véase mi advertencia.

## II. Consideraciones generales

### I. Advertencia

Este trabajo está dominado por dos pensamientos rectores y una consideración de contexto temporal. En primer lugar, se debe aceptar que una indagación acerca de la política exterior de Estados Unidos —y la consiguiente consideración de las relaciones transatlánticas—, implica el estudio de las actuaciones de actores muy diversos y contradictorios a ambos lados del océano. En segundo lugar, conviene también reconocer que el presente análisis deberá necesariamente sonar, en un contexto español, como repetitivo, pues se basa en parte en hechos e indagaciones plenamente conocidos no solamente por los especialistas, sino también por el gran público que, recientemente, está más alerta que en épocas anteriores por los temas que les conciernen. Provisionalmente, trataré de ofrecer algunas mínimas dimensiones que se me antojan novedosas o que están en contradicción con lo que parece ser el consenso general en España y Europa.

Cabe señalar, asimismo, que la temática de esta meditación está todavía doblemente dramatizada por las secuelas de la conmemoración del 25.º aniversario de la Constitución española (que permitió el regreso de la democracia), la presión para reformarla, y por las repercusiones del 50.º aniversario de la firma de los Pactos de Madrid entre la Administración de Dwight D. Eisenhower y Francisco Franco Bahamonde el 26 de septiembre de 1953, que regalaron a la dictadura la salida de su aislamiento internacional y garantizaron la supervivencia del régimen franquista. En el marco del proceso de redacción y ratificación de la Constitución europea, estos dos aniversarios debieran doblemente obligar a considerar seriamente, no solo la naturaleza del pacto interno que en su momento representó la Constitución de 1978 como consolidación de la democracia y el abandono de los métodos dictatoriales. También se debería meditar sobre el inicio estratégico de la relación con Estados Unidos, hace medio siglo, en el contexto polémico de la alianza establecida por el Gobierno de José María Aznar con el presidente George W. Bush en la guerra de Iraq, decisión que provocó el más serio enfrentamiento de la opinión pública y la clase política desde el renacimiento de la democracia en España. Esta determinación dejó una huella, hasta hoy aparentemente indeleble, tanto en el desarrollo de la política interna española, como con respecto a las relaciones entre España y Estados Unidos.

La primera puntualización a la que se ha aludido más arriba, se ve ilustrada por la constante experiencia que he tenido en mis regresos a España durante mis 38 años de residencia en Estados Unidos. De forma acusada en los últimos años, debido al final de la guerra fría y, ahora, tras los graves acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, una pregunta que frecuentemente se me hace en el período de discusión posterior a las conferencias es sobre qué piensan Estados Unidos acerca de un tema cualquiera. Mi respuesta ha sido sistemáticamente la siguiente: “después de tan prolongada residencia y trabajo en Estados Unidos, todavía no he tenido tiempo suficiente para saludarlos a todos, darles la mano, y saber lo que de verdad piensan”.

Esta aparente *boutade* esconde la realidad, al parecer no percibida desde España, de que ese ente que llamamos Estados Unidos es complejo, fluido, contradictorio, y que está inspirado en lo que atañe a su actuación externa por diferentes corrientes de opinión y

liderazgo, que inciden de una manera decisiva en su política exterior y que, por lo tanto, deben tenerse en cuenta en el momento de sopesar las relaciones con Europa.

La segunda puntualización acerca de la (posiblemente poco novedosa) indagación que puedo ofrecer sobre la política exterior de Estados Unidos, y secundariamente sobre el estado de las relaciones transatlánticas, consiste en que, por primera vez en todos esos años de regresos a España, se comienza a comprobar un genuino interés, aunque modesto y lastrado por limitaciones (y, lo que es peor, debido al superficial estereotipo, plagado de ignorancia), por entender lo que de veras es Estados Unidos. Pero este país sigue siendo la gran asignatura pendiente tanto en los centros de reflexión (*think tanks*) como en las universidades, por no hablar de la opinión pública.

Resulta verdaderamente paradójico y contradictorio a la constante acusación acerca de la ignorancia norteamericana sobre Europa y España, un hecho incontestable en las carencias del mundo académico y editorial español. Por una parte, las páginas de los grandes diarios ofrecen cuantiosos espacios informativos y de análisis sobre los temas que son consecuencia del 11S, y los noticiarios de cadenas televisivas y de radio abren frecuentemente con las últimas novedades relacionadas con la política exterior de Estados Unidos, especialmente el desarrollo de la situación en Iraq.

Por otra parte, el panorama editorial ha estado cubierto desproporcionadamente por obras de origen externo, mayoritariamente de producción norteamericana<sup>3</sup>, aunque se han publicado excelentes análisis de autores españoles<sup>4</sup>, junto a comentarios apresurados de perfil tradicionalmente antinorteamericano<sup>5</sup>, libros de urgencia testimoniales sobre los atentados<sup>6</sup>, y los más pausados análisis colectivos<sup>7</sup>. Del mismo modo, se hace patente la significativa ausencia de traducciones de obras de mayor calado y el estudio denso de las conexiones entre la problemática interna de Estados Unidos y su política exterior, más allá de las obras que se centran casi exclusivamente en los dramáticos acontecimientos del 11 de septiembre y sus consecuencias<sup>8</sup>. En paralelo a esta carencia, el contexto universitario y el mundo especializado y minoritario de los centros de reflexión, sigue encorsetado en su estructura tradicional. A pesar de la labor meritoria de un puñado de reputados centros y revistas destacados como *Política Exterior*<sup>9</sup>, todavía no existe un solo instituto, centro de reflexión o programa de

---

<sup>3</sup> Cfr., por ejemplo, Robert Kagan, 2003; Donald Kagan, 2003; Kissinger, 2002; Nye, 2002; Woodward, 2002. Obsérvese, al margen de esto, que los loables esfuerzos que hacen algunos medios de comunicación que, excediéndose en sus expectativas acerca del potencial consumo, frecuentemente recurren a autorías norteamericanas para ofrecer análisis coherentes acerca de temas tan cruciales como la política exterior de Estados Unidos. Ejemplo de esta tónica es el *dossier* especial elaborado por *La Vanguardia* (cfr. *La Vanguardia*, 2003).

<sup>4</sup> Cfr. Martín Muñoz, 2003; Segura, 2003.

<sup>5</sup> A modo de ejemplos de diversos grados de comentario crítico, cfr. Aguirre, Bennis, 2003; Elordi, 2003; Muns, 2003; Reinares Nestares, 2003; Taibo Arias, 2003; Tortosa, 2003.

<sup>6</sup> Cfr. Pérez Piñar, 2002; Rojas Marcos, 2002.

<sup>7</sup> Como ejemplos, la compilación de Castells y Serra (Castells, Serra, 2003), y la innovadora transcripción de una larga conversación entre Carlos Alonso Zaldívar y Darío Valcárcel (cfr. Alonso Zaldívar, Valcárcel, 2003).

<sup>8</sup> Cfr. Bacevich, 2002; Campbell, Flounoy, 2001; Kupchan, 2002; Malone, Foong Khong, 2003; Mandelbaum, 2002; Mead, 2001; Mead, 2004; Stewart, Patrick, 2002; Talbott, Chanda, 2001.

<sup>9</sup> Para consultar análisis en el contexto de la guerra de Iraq, cfr. Arístegui, 2003; Arenal Moyúa, 2003; González Manrique, 2003; Marín, 2003; Medina, 2003; Ojeda Eiseley, 2003; Pardo de Santayana, 2003.

estudios (con la excepción de uno en Alcalá dedicado a temas diversos y de perfil más bien sociológico) especializado en la primera superpotencia del planeta. Aunque los centros de análisis dedican especial atención a la coyuntura mundial posterior al 11S, no se percibe una especialización sobre la problemática pluridisciplinaria de Estados Unidos, sobre todo en lo que a sus dimensiones políticas y económicas se refiere<sup>10</sup>.

La explicación para esta laguna puede deberse a una combinación de factores que incluye, desde las limitaciones presupuestarias, la rigidez de los planes de estudio, un cierto desdén hacia los temas americanos en general (con la excepción de los iberoamericanos, contexto hacia el que se ejerce un complejo de superioridad), hasta la aparentemente perenne limitación lingüística de varias generaciones de intelectuales y dirigentes españoles con respecto al inglés (sin que las nuevas generaciones muestren una mejora palpable). Curiosamente, desde una perspectiva de la izquierda, pareciera que expresar interés en temas genuinamente norteamericanos invita a la acusación de colaboracionismo o de apología; desde la derecha tradicional, todavía no se ha superado totalmente un sentimiento visceral de antiamericanismo que se rastrea a la humillación de 1898. Unos desdeñan a Estados Unidos por haber garantizado la supervivencia del franquismo con la alianza estratégica forjada con los acuerdos de las bases militares, y otros sienten desconfianza por un país que se percibe como protestante, excesivamente liberal y permisivo. Si a estas actitudes se une la todavía no superada incomodidad de las generaciones ya maduras por el idioma inglés, el panorama no es el mejor para un cabal entendimiento de Estados Unidos, más allá de la cultura popular y estereotipada del deporte y del mundo del espectáculo.

De todas maneras, teniendo en cuenta las mejoras en el terreno bibliográfico y mediático, ciertos hechos y detalles básicos de la política exterior de Estados Unidos, forman parte de un consenso ante el que cualquier análisis puede resultar repetitivo. Quedan, sin embargo, algunas áreas que pueden ofrecer oportunidades para apuntes innovadores.

En esta línea adelantaré tres dimensiones: coherencia histórica, estupefacción tras el 11S, y persistencia del estereotipo.

## 2. Lo que es noticia

En primer término, la actual política exterior de Estados Unidos no solamente parece responder a una ideología precisa de parte de su liderazgo actual, sino que está significativamente anclada en una porción de sentimientos íntimos de la opinión pública que no se guía por unos esquemas ideológicos y que no es necesariamente experta en temas exteriores y estratégicos. La llamada *América profunda*, más que una élite ideológica a la que se señala como autora y rectora, está presente, quizá de forma inconsciente, detrás de las decisiones presidenciales. Además, responde significativamente

---

<sup>10</sup> Se recomienda la consulta de las páginas digitales del Centro de Estudios y Documentación Internacionales de Barcelona (CIDOB), la Fundación Real Instituto Elcano, el Institut Universitari d'Estudis Europeus de la Universitat Autònoma de Barcelona, y el Instituto Complutense de Estudios Internacionales.



en numerosos aspectos a unas constantes del pensamiento estratégico norteamericano de los dos últimos siglos.

En segundo término, aparentemente de modo contradictorio y paradójico con respecto la primera aseveración, se percibe que una mayoría apabullante de la ciudadanía norteamericana estuvo, por lo menos durante dos años (y en cierta medida aun lo está), tal como se hallaba a mediodía del 11 de septiembre de 2001, sin saber apenas qué sucedió<sup>11</sup>. Esto explica, por ejemplo, cómo es posible que una minoría del liderazgo norteamericano capturara prácticamente todos los resortes del poder y haya estado actuando aparentemente en contradicción con unas líneas básicas de lo que, en forma un tanto mitificadota, se considera como genuinamente sentimientos norteamericanos, tanto por convicción personal, como por la evidencia mostrada a lo largo de más de dos siglos: generosidad, convicción democrática, y defensa de las libertades públicas.

En tercer término, y quizá en relación con el tema más importante en el análisis que nos ocupa, me permito adelantar que la percepción de Estados Unidos en Europa (y muy especialmente en España) sigue aquejada de una dosis notable de estereotipo al tratar dimensiones como las anteriores, que si en las décadas anteriores podía ser preocupante, ahora resulta peligrosísima ya que puede incidir gravemente en la toma de decisiones que implican sectores sensibles de la seguridad nacional que no necesariamente coinciden con los de Estados Unidos.

En consecuencia, por una combinación de los factores aludidos en los tres anteriores párrafos, la brecha que se percibía que existía —y que es más evidente ahora— entre Europa y Estados Unidos, en parte puede ser debida, sobre todo en el caso español, a unas motivaciones coyunturales, electoralistas y temporales, aunque se intuye que es mucho más profunda de lo que los optimistas análisis del liderazgo a ambos lados del Atlántico expresan. Lo que se intuía como profundo desacuerdo entre europeos y americanos acerca de cómo situarse en el mundo, ha saltado a la superficie y conviene tenerlo presente para que el mal no llegue a peor, ya que resulta en beneficio de ninguna de las dos partes. Si bien conviene defender los intereses europeos y trabajar en pos de la construcción de la conciencia colectiva de la UE, definida y diferente de la de Estados Unidos, plantearse la mera meta de plasmar unas líneas de enfrentamiento con dicho estado puede no corresponder con la mejor defensa del bien común<sup>12</sup>.

Para centrar el análisis que nos atañe, conviene enfocar con precisión la chispa que lo provoca. Se trata de lo que de veras preocupa a los observadores europeos acerca de la política exterior norteamericana. De bote pronto, pareciera que el presidente Bush hubiera estado en desacuerdo con su aliado Silvio Berlusconi y, en lugar de adherirse a la táctica perenne del *catenaccio* del *càlcio* italiano, prefiriera la doctrina consistente en la idea de que la mejor defensa es el ataque. Sin embargo, a la vista del éxito diverso de los equipos italianos en las últimas ediciones de la Liga de Campeones, se podría colegir que, no es tanto cuestión de qué táctica forma parte del guión, sino que

---

<sup>11</sup> Para una muestra de las explicaciones del 11S, cfr. Cameron, 2002; Aust 2002; y el documento clásico de la National Commission.

<sup>12</sup> Para una selección de trabajos sobre la relación transatlántica, cfr. Albright, 2003; Burghardt; Chalmers 2001; Daalder, 2001; Drozdziak, 2005; Cohen-Tanugi, 2003; Kennedy, Bouton, 2002; Lambert, 2001; Markovits, 1985; Moisi, 2001; Moravcsik, 2003; Roger, 2002; Voigt.

depende de si existe sentido pragmático al aplicarla. Estados Unidos parece —ahora que está ejecutando este credo— pero no necesariamente coincide con una constante histórica. Igual diagnóstico parece derivarse de la conducta del primer ministro italiano, quien optó por inaugurar y ejecutar la presidencia italiana de la UE de forma espectacular, polémica, y con ataque frontal, acompañado de lesiones graves no solamente para él, sino también para todas las instituciones de la UE, especialmente el Parlamento. En cualquier caso, no parece que Estados Unidos y sus socios más destacados en la crisis que enfrenta la humanidad hayan optado por lo que en el argot americano se llama *low profile*, algo que inútilmente le pedían desde el sur a los norteamericanos hace décadas. Como conclusión, señalaré que a un elefante no se puede pretender tenerlo en el zoo; lo máximo que se puede intentar es que el elefante no entre en la cacharrería.

### III. El discurso político y su interpretación

#### 1. El mensaje básico de Bush contra el terrorismo

Después de los atentados de Nueva York y Washington que costaron la vida a más de tres mil personas procedentes de 80 países, Bush habló desde el despacho oval de la Casa Blanca la noche del 11 de septiembre<sup>13</sup>: “Las imágenes de los aviones que volaban hacia los edificios, los incendios que ardían, el colapso de inmensas estructuras, nos han llenado de incredulidad, de una tristeza terrible y de una ira callada e inquebrantable. Se pretendió que estos actos de asesinatos masivos asustaran a nuestra nación, llevándola al caos y la retirada”.

A renglón seguido, se apresuraba a establecer las líneas principales de la respuesta presidencial para corregir la estrategia terrorista, así: “Pero han fracasado; nuestro país es fuerte. Un gran pueblo ha sido llevado a defender a una gran nación. Los ataques terroristas pueden sacudir los cimientos de nuestros mayores edificios, pero no pueden tocar los cimientos de los Estados Unidos. Estos actos destruyeron acero, pero no pueden mellar el acero de la determinación estadounidense”.

La explicación de las motivaciones de los atentados era diáfana para la visión presidencial. Reflejaba lo que los historiadores y politólogos han etiquetado como la excepcionalidad<sup>14</sup> de la naturaleza de Estados Unidos, un caso único en la historia: “Estados Unidos fue blanco de un ataque porque somos el faro más brillante de la libertad y oportunidad en el mundo. Y nadie hará que esa luz deje de brillar”.

Se quería dejar sentado, en contraste con los comentarios apresurados de solidaridad mundial con Estados Unidos (recuérdese el titular “Todos somos americanos” de *Le Monde*, publicado al siguiente día y convertido por el director del mismo, Jean-Marie Colombani, en libro), que los ataques terroristas fueron un acto de guerra dise-

---

<sup>13</sup> Los comentarios acerca del retraso del presidente en dirigirse al país, en directo y por televisión, desde la Casa Blanca, ocupan un gran espacio en la literatura periodística. Cfr., en el caso español, el libro de Pilar Urbano (Urbano, 2003).

<sup>14</sup> Para una revisión de este concepto, cfr. Lipset, 1996; Isbell, 2001.

ñado y ejecutado contra el país. Al día siguiente, reunido con su equipo de Seguridad Nacional, Bush dijo: “Los ataques deliberados y mortales que fueron llevados a cabo ayer contra nuestro país fueron más que actos de terrorismo. Fueron actos de guerra. Esto requerirá que nuestro país se una en una determinación y firmeza inalterables”.

Sin embargo, por si acaso hubiera duda, para mandar un mensaje de globalidad, Bush aclaró que “la libertad y la democracia están bajo ataque. [...] Este enemigo atacó no solo a nuestro pueblo, sino a todos los pueblos amantes de la libertad por todas partes del mundo. Estados Unidos utilizará todos nuestros recursos para vencer a este enemigo. Reuniremos las fuerzas del mundo”. En consecuencia, para conseguir la cohesión mundial, desde el principio, Estados Unidos se enfrentaba a la identificación urgente del nuevo enemigo: “El pueblo estadounidense necesita saber que estamos enfrentando un enemigo distinto al que jamás hayamos enfrentado. Este enemigo se esconde en las sombras, y no tiene ningún respeto por la vida humana. Este es un enemigo que ataca a gente inocente y confiada, y luego corre a esconderse”.

Esta estrategia, sin embargo, según los cálculos del presidente, debía fallar en sus objetivos: “Pero no podrá esconderse para siempre. Este es un enemigo que piensa que sus refugios son seguros. Pero no serán seguros para siempre”. La misión, no obstante, observada con una cierta dosis de realismo, requeriría tenacidad y tiempo y así lo expresaba Bush: “Seremos pacientes, estaremos concentrados, y seremos inmutables en nuestra determinación. Esta batalla tomará tiempo y determinación”. Sin embargo, el objetivo final seguía siendo esencial: “Pero que no quepa duda alguna: ganaremos”.

Acerca de la personalidad de Osama Bin Laden y la red Al Qaeda, el 20 de septiembre, Bush las trataba, de este modo, en otro mensaje al Congreso: “están vinculados a muchas otras organizaciones en distintos países, entre ellos la Yihad Islámica Egiptia y el Movimiento Islámico de Uzbekistán. Hay miles de estos terroristas en más de sesenta países. Son reclutados de sus propias naciones y vecindarios, y llevados a campamentos en lugares tales como Afganistán, donde son entrenados en las tácticas del terror. Son vueltos a mandar a casa o enviados a esconderse en países por todo el mundo para tramar la maldad y destrucción”.

En una primera etapa, la táctica para enfrentar al nuevo enemigo era precisa:

Los líderes de Al Qaeda tienen mucha influencia en Afganistán, y apoyan al régimen talibán en el control de la mayoría de ese país. En Afganistán, vemos la visión del mundo de Al Qaeda. El pueblo de Afganistán ha sido tratado brutalmente, muchos están muriéndose de hambre y muchos han huido.

No se permite que las mujeres asistan a la escuela. Uno puede ser encarcelado por tener un televisor. La religión puede practicarse solamente de la manera en que dicten sus líderes. Un hombre puede ser encarcelado en Afganistán si su barba no es suficientemente larga. Estados Unidos respeta al pueblo de Afganistán —al fin y al cabo, actualmente somos su mayor fuente de ayuda humanitaria— pero condenamos el régimen del talibán. No solo está reprimiendo a su propia gente, está amenazando a la gente de todas partes al patrocinar y albergar y abastecer a los terroristas. Al ser cómplice del asesinato, el régimen del talibán está cometiendo asesinatos.

Pero el frente de actuación se fue ampliando por medio de medidas diplomáticas, militares, financieras, de investigación, de seguridad del territorio nacional y humanitarias. En consecuencia, el 17 de octubre Bush declaraba lo siguiente:

Nuestra será una campaña amplia, combatida en muchos frentes. Es una campaña que será librada de día y de noche, en la luz y en las tinieblas, en batallas que verán y batallas que no verán. Es una campaña librada por soldados y marineros, soldados de infantería y aviadores; y también por agentes del FBI y oficiales de agencia que velan por el cumplimiento de la ley y diplomáticos y agentes de inteligencia. Es una campaña que se está librando en territorios distantes, y una campaña que se está librando por nuestra nueva Oficina de la Seguridad del Territorio Nacional.

En una advertencia clara acerca de la necesidad de contar con plazos de largo alcance y con medios apropiados a su disposición, el presidente reconocía que “no existe una bala de plata, un solo evento ni una medida que va a hacer que la amenaza del terrorismo desaparezca repentinamente. Este esfuerzo sostenido y de amplia base —diplomático, financiero, de inteligencia y militar, tanto público como secreto— continuará hasta que se ponga fin al terrorismo”.

En términos comparativos, Bush se acercaba al terreno familiar del norteamericano medio acostumbrado a la atmósfera del mundo durante casi medio siglo. Así, aseguraba que “la situación es similar a la guerra fría, cuando la presión continua de muchos países hizo que cayera el comunismo desde adentro”. No obstante, con el fin de esclarecer que el conflicto no era una variante de la temida guerra de civilizaciones, advertía:

Esta no es una guerra contra el islamismo ni ninguna otra religión. Los actos de violencia del 11 de septiembre resultaron en las muertes de miles de personas inocentes de muchas razas y religiones, entre ellas el islamismo. Estos actos terroristas violan la doctrina fundamental de la fe islámica. Estados Unidos cuenta con los millones de musulmanes entre sus ciudadanos, y los musulmanes aportan contribuciones valiosas a los Estados Unidos como médicos, abogados, profesores de derecho, miembros de las fuerzas armadas, empresarios, tenderos, mamás y papás.

En su concepción, el islam “promueve la paz, el entendimiento y la justicia, exactamente lo opuesto a lo que abogan el talibán y los terroristas que protegen”.

El 17 de septiembre, menos de una semana después de los ataques, Bush visitó el Centro Islámico de Washington D. C. y dijo: “La traducción al inglés no es tan elocuente como la original en árabe, pero permítanme citar el propio Corán: “A largo plazo, el mal extremo será el final de aquellos que hacen el mal, porque ellos rechazaron los signos de Alá y lo dejaron en ridículo””. Ampliaba de esta manera: “El rostro del terror no es la verdadera fe islámica. De eso no se trata el islamismo. El islamismo es paz. Estos terroristas no representan la paz. Representan el mal y la guerra. Cuando pensamos sobre el islamismo pensamos sobre una fe que reconforta a mil millones de personas por todo el mundo. Miles de millones de personas encuentran consuelo, solaz, y paz. Y eso ha resultado en hermanos y hermanas de todas las razas”.

Ya el 20 de septiembre, Bush afirmó en su discurso al Congreso que “los terroristas practican una versión marginal de extremismo islámico que ha sido rechazado por los eruditos musulmanes y la gran mayoría de los clérigos musulmanes, un movimiento marginal que distorsiona la doctrina pacífica de Islam. Las directivas de los terroristas los ordenan a matar a los cristianos y a los judíos, a matar a todos los estadounidenses, y no diferencian entre los militares y los civiles, incluso las mujeres y los niños”.

En conclusión, el presidente George W. Bush centraba su discurso en la necesidad de identificar al enemigo primero con el núcleo refugiado en Afganistán, y luego con los que le dan apoyo a los terroristas, al tiempo que los diferenciaba del amplio islamismo. En un ataque que se había ejecutado, no solamente contra Estados Unidos por su excepcionabilidad, sino también contra todo el Occidente, el presidente prometía no escatimar esfuerzos ni plazos.

## 2. De la contención y la disuasión a la agresión positiva

Lo cierto es que la actual política exterior de Estados Unidos está diáfananamente expuesta (por mandamiento, exigido por ley) en otra precisa declaración oficial que Bush emitió el 17 de septiembre de 2002. La titulada como “Estrategia de Seguridad Nacional”<sup>15</sup>, es un documento de 33 páginas destinado, urbi et orbi, al Congreso de Estados Unidos (por mandato interno), y a la galaxia (por un cierto toque de megalomanía imperial). No tenía un contenido esencialmente original, ya que existía desde principios de los noventa en otro precedente, redactado por el secretario de Defensa adjunto Paul Wolfowitz, se lo presentó al presidente George H. Bush padre, pero este le pareció demasiado contundente y escandaloso, y resolvió conservarlo en estado de hibernación<sup>16</sup>. Además, el escrito tampoco debía sorprender en demasía a los observadores atentos a la evolución del pensamiento de la seguridad nacional en Estados Unidos, ya que Clinton había insertado en un documento con los mismos objetivos la promesa de usar todos los medios necesarios—incluidos los militares, de forma unilateral— para respaldar los intereses del país<sup>17</sup>.

De cualquier modo, en estilo y en contenido, el nuevo edicto parecía tener un especial objetivo: atraer la atención de romanos y bárbaros. Lo consiguió, y de largo. El problema inicial fue que, entre sus propios súbditos, le salieron formidables protestones (Carter, Gore, Kennedy, Schlesinger, Pfaff, congresistas republicanos, *The New York Times*, etc.). El documento engrosó las filas de los escépticos, los alarmados y los preocupados acerca de hacia dónde caminaba el planeta liderado por Estados Unidos. Bush hijo quería ser recordado por los temas grandilocuentes y generosos, como la promesa de extender las (evidentes) bondades de la democracia, la prosperidad garantizada por la economía de mercado, y la seguridad al alcance de todos. Por el contrario, en el documento destacan dos aspectos centrales, ambos militares.

En primer lugar, el presidente de Estados Unidos, en un lenguaje llano y claro (“para que lo puedan leer los chicos en Texas”, como ordenó a sus redactores), se propuso preservar la superioridad militar del país en un mundo monopolar. En segundo término, intentó justificar la necesidad de implementar acciones preventivas contra Estados (en cualquier región) que suponen una amenaza, en lugar de seguir confiando en la clásica doctrina de la disuasión (como continuación de la anterior, basada en la

---

<sup>15</sup> Para consultar el texto original, <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html> [citado 27 may 12]. Para consultar el texto en español, <http://usinfo.state.gov/espanol/terror/o20993001.htm> [citado 27 may 12].

<sup>16</sup> Cfr. Sick, 2002.

<sup>17</sup> Cfr. Clinton, 1999.

estrategia nuclear), a su vez, sostenida y ampliada sobre la base de la filosofía de la contención.

El salto estratégico cualitativo venía paralelamente acompañado por uno cuantitativo. El cambio no solamente reside en los medios puestos al alcance del Departamento de Defensa. Desde los 300 billones de dólares de que disponía cuando Bush llegó al poder, se pasó a los 350 billones de dólares en 2002, equivalente a más de 3,5% del Producto Interior Bruto (PIB). Pero también se aumentó el número de los escenarios en que Estados Unidos garantizaban su actuación: de dos guerras a las que poder prestar atención (y tener la seguridad de ganar una rápidamente), se pasó a tener la posibilidad de imponer su hegemonía por los métodos tradicionales de la disuasión en cuatro escenarios, y poder derrotar fulminantemente al enemigo en dos<sup>18</sup>. Esto era antes del 11 de septiembre.

El documento es, en realidad, una ampliación de las ideas ya lanzadas en diversas intervenciones anteriores a lo largo de un año después de los atentados criminales. En lugar de usar modestamente citas a anteriores presidentes y poetas, Bush conservaba las propias palabras de sus anteriores discursos y las convertía en epígrafes de cada uno de los nueve cortos capítulos que ampliaban los temas escuetamente anunciados en una introducción en la que reitera que la misión del Gobierno federal de Estados Unidos es defender a la nación contra sus enemigos.

Según su lógica (compartida por sectores extensos de los analistas), estos eran diferentes de los que en el pasado necesitaban grandes ejércitos. Hoy solamente son “redes sombrías de individuos que apenas necesitan recursos inferiores al costo de un solo carro de combate”. Por lo tanto, para derrotarlos antes de que actúen otra vez, hay que emplear todos los medios al alcance. Así, se aboga por la acción preventiva, esto es, disparar primero ante la anticipación de una amenaza. Se ampliaba, de esa manera, la doctrina de la justificación de la acción en defensa propia por la justificación de la agresión positiva, una variante de la *affirmative action* (‘discriminación positiva’) de alta alcurnia norteamericana.

Aunque Estados Unidos deseaba actuar con la comunidad internacional, Bush se arrogó el derecho de hacerlo por su cuenta y riesgo. Así lo anunció taxativamente en el marco de las Naciones Unidas con respecto a los planes para no solamente frenar los progresos del régimen iraquí en su producción de armas letales de destrucción masiva, sino también para modificar el régimen totalmente.

En un lenguaje mesiánico, con resonancias de emperador romano o de Napoleón, en el mejor tono de la doctrina del destino manifiesto, en versión dura del *wilsonianismo*, parte de las diversas corrientes o modos inspirativos de la política exterior de norteamericana y, a través de una redacción que conserva el tono de los razonamientos jurídicos, el presidente de Estados Unidos no solamente se confortaba en el poder impresionante del país en los terrenos militar y económico, sino que confiaba plenamente que los Estados que, por su tamaño o potencial, pudieran ser adversarios, se convirtiesen en aliados fieles. Así, por ejemplo, China y Rusia deberían adoptar la misma estrategia para combatir el terrorismo y para incorporarse a la economía de

---

<sup>18</sup> Para una muestra de los ensayos elaborados por los más cercanos colaboradores de Bush, cfr. Rice, 2000.



mercado. Era y es, para los escépticos, lo que en inglés popular americano se llama *wishful thinking* ("hacerse ilusiones").

Por si acaso, el presidente estadounidense anunciaba que se incrementarían sus programas de ayuda al mundo subdesarrollado (caldo de cultivo del antiamericanismo), pero los condicionarían a la ausencia de corrupción. Luego se ha visto que, por lo menos, la ayuda de tipo militar también está condicionada a que el país en cuestión renuncie a poder juzgar en la CIJ a los ciudadanos norteamericanos. Era un guiño a los moderados autoritarios reformables de los tiempos de Ronald W. Reagan y Jeane Kirkpatrick, cuya doctrina se comenta más adelante. Se distinguía inteligentemente entre los regímenes totalitarios sin posible redención y los que convenía cuidar, ya que eran susceptibles de ser reformados y de poder utilizarlos como una sólida alianza.

Conviene recordar que, todavía hoy, están pagando Estados Unidos y los países que engendraron la puesta en práctica de esta doctrina, las consecuencias de su interpretación. Solamente los "desaparecidos" entienden cabalmente el resultado.

### **3. La cobertura contextual: la ideología de la ultraderecha**

Tempranamente, en la fase de evaluar la nueva estrategia de Estados Unidos como consecuencia de los ataques del 11 de septiembre, la tentación de los observadores para conectar la novedosa ideología con las raíces más conservadoras del pensamiento político norteamericano ha sido irresistible, y no sin razón. Curiosamente, el rastreo histórico ha topado con frecuencia con la rama más liberal de la conciencia política norteamericana. Simultáneamente a su intervencionismo y a su maridaje con las dictaduras de su conveniencia, durante el último siglo Estados Unidos garantizó la supervivencia de la democracia liberal en el planeta, ante todas las amenazas totalitarias, desde el marxismo-leninismo hasta los cantos de sirena alternativos del fascismo. Pero, paradójicamente, es la sociedad occidental la que simultáneamente está aquejada del germen potencial de caer fácilmente en las garras de un especial cuasinazismo de consecuencias más peligrosas que las que casi produjeron el suicidio colectivo de la Alemania hitleriana.

De momento (aunque las señales desde el otoño de 2001 no son para celebrarlo), el balance es positivo en cuanto a la primera opción. Ha sido precisamente Estados Unidos el que ha podido acudir a salvar la existencia de la cuna de su origen, Europa. Junto con ella, constituye el tándem más exitoso de la reciente historia del mundo, en la senda del progreso político, económico y social. Con ella, se halla en un conflicto, tras cuya resolución se verá si es transitorio o permanente.

La clave de ambas situaciones potenciales, aparentemente contradictorias, es precisamente una característica primordial de la médula nacional. En contraste con los extremismos europeos (de los que precisamente el experimento de la UE trata de huir), Estados Unidos ha forjado su personalidad gracias a la aplicación tenaz y sistemática del nacionalismo de opción, no de herencia. Por necesidad, los padres fundadores señalaron la senda hacia el forjamiento de una nación que originalmente rechazó las señas de identidad primordiales e identitarias, culturales o étnicas. "Dadme las masas acurrucadas y cansadas, anhelando ser libres", rezan los versos de Emma Lazarus cincelados en el pedestal de la estatua de la Libertad, casi como salutación a las hoy desaparecidas Torres Gemelas.



El nacionalismo constitucional es el más sencillo, ya que solo necesita una oferta de una vida mejor y una aceptación con esperanza. Sin embargo es, simultáneamente, más difícil de cumplir ya que debe rendir cuentas precisas a diario. No solamente debe garantizar la vida y la libertad, como dice la Declaración de Independencia, sino también “la búsqueda de la felicidad”.

Los estadounidenses han cumplido durante dos largos siglos con este contrato de claras connotaciones renanianas. Debe ser, para tener el resultado apetecido, como un plebiscito puesto a prueba diariamente, esperando a cambio los resultados cada noche, en forma de progreso y seguridad relativa. Hasta los sesenta, este sentimiento permaneció incólume. El triunfo del final de la guerra fría recuperó parte del escepticismo creado por el asesinato de Kennedy, los errores de Vietnam y el final vergonzoso de Nixon. Desde el 11S, el fantasma de la falta de confianza ha desenterrado los esqueletos en el armario. La extrema derecha estaba agazapada y amenaza con ocupar el espacio que tiene reservado.

Nunca creyó en el crisol cultural o de razas como base de Estados Unidos, sino que consideró que el nuevo país debía tener un núcleo nórdico, de habla inglesa, pretendidamente cristiano de la variante fundamentalista. Durante décadas toleró la coexistencia con el aluvión. La llegada aparentemente masiva de latinoamericanos y la resistencia de una minoría exigua en número de raíz musulmana a adoptar las costumbres laicas, encendieron las alarmas.

Desde el 11 de septiembre, el primer obstáculo que ha impedido el activismo de los grupos de extrema derecha ha sido la ausencia de lo que se considera como el contrataque del terrorismo en las propias fronteras. A la vista de la tímida reacción del liberalismo norteamericano y de la clamorosa mudez de la mayoría silenciosa ante los decretos de urgencia y las medidas que rozan la inconstitucionalidad, la supervivencia del tejido social se debe a unas notables reservas culturales que mantienen el sistema en equilibrio.

Además, la latente amenaza filofascista está larvada de su propia dispersión. Comprende el pánico de una clase media que se considera condenada a los niveles del proletariado por la invasión de sus puestos de trabajo antes bien remunerados. Incluye los grupos fundamentalistas religiosos que desean una nación regida por un código drástico dictado por sus creencias basadas en una interpretación primitiva y perversa de la Biblia. Parece estar liderado por un sector ilustrado de base anglosajona que está acongojado por una nostalgia de una patria que nunca existió.

La chispa que siempre puede encender esta mezcla explosiva es un segundo ataque terrorista, tantas veces anunciado por los actuales dirigentes, que justificaría la reacción irracional del sistema democrático. Muchos han estado cruzando los dedos; otros todavía confían.

#### **4. Un asunto externo**

Es un tópico implacable: nada ha sido igual desde los atentados del 11 de septiembre de 2001. Lo que no está tan claro es si la frase se refiere comparativamente al contexto anterior a la tragedia, o si se aplica al período que va desde, precisamente, el fatídico martes hasta un año después. Resulta paradójico, en rigor (lo cual puede parecer escandaloso para lo que semeja ser el consenso general), que la psique política de

Estados Unidos estuvo prácticamente igual desde media mañana del 11 de septiembre hasta el comienzo de la guerra en Iraq, para regresar, una vez las hostilidades cesaron, al estado primigenio. Ahora está todavía congelada en gran medida por el excepcionalismo, con fronteras opacas e impenetrables para la amenaza exterior.

Al menos, este sería el diagnóstico adecuado en lo que atañe a la reacción política de su clase dirigente y al sentimiento de conmoción experimentado por la mayoría silenciosa. Con la excepción de una minoría (también dividida, y no en las líneas tradicionales de derecha y liberales), el grueso de la sociedad norteamericana parece no saber bien qué pasó.

Es cierto que, en las cercanías de las desaparecidas Torres Gemelas, hubo (y todavía subsiste) un mayor sentimiento de solidaridad y de sentido asociativo, justamente en una ciudad que se preciaba ufanamente como meca del individualismo. Pero en el resto del país, con excepción de las semanas en que se acrecentó el uso de banderitas en las casas y automóviles (hecho mucho más acusado en los vecindarios de la clase media baja o la obrera que en los acomodados), la sensación de incredulidad e insensibilidad no fue superada. Únicamente el número de muertos y heridos en comunidades y familiares más cercanas a los militares, ha impactado perceptiblemente en la conciencia de la sociedad.

Nunca se pasó con decisión a la etapa posterior que supone la experimentación de un trauma y la asunción de una tragedia personal, nunca se cruzó la barrera de la negación de la evidencia. El país oficial nunca consiguió asumir la diferencia entre la urgente identificación de lo que había sucedido, quién lo había ejecutado y, lo más importante, por qué. El país real siguió las consignas del liderazgo, al que delegó la tamización del miedo, la incertidumbre y la ejecución de la respuesta. El resultado de las elecciones de 2004 confirma, en gran medida, este diagnóstico.

Ante el espectacular desastre de la defensa y de la inteligencia (los espías, no los intelectuales) norteamericanas, dispersas en una docena de aparentemente inútiles agencias que compitieron entre ellas (la CIA y el Federal Bureau of Investigation [FBI] han tenido que firmar una paz explícita) apenas en su incapacidad por intuir lo que se venía encima, el sistema reaccionó de la misma manera que los malogrados bomberos. Estos, en los primeros minutos de la tragedia, se aprestaron heroicamente a cumplir la única tarea para la que estaban preparados: identificar el fuego, sofocarlo y salvar a las posibles víctimas, sin hacer más preguntas. La tragedia fue doble: no solamente perecieron miles de ciudadanos anónimos, sino unos centenares de profesionales de la seguridad pública que nunca supieron en realidad a lo que se enfrentaban.

En el fondo, es lo que le ha estado sucediendo al Estados Unidos oficial. Registró en los primeros minutos lo que había pasado, se identificó a los culpables y se puso como misión aniquilarlos a cualquier precio, como en la ejecución de las guerras sucias. Como, de momento, este costo, a pesar del déficit federal, parece ser asequible para la mayoría, no ha reaccionado, ni siquiera durante o después de la guerra en Iraq.

En todo ese tiempo (hasta las elecciones de noviembre de 2004), poco se movió en la sociedad norteamericana. La inacción se generó a pesar de las apariencias provocadas por las sucesivas acciones y amenazas de la Casa Blanca y el Pentágono, y el vuelco rotundo que ha tenido el mundo con respecto a la agobiante presencia de

Estados Unidos y su insustituible papel en cuantas crisis se producen (véase el caso fascinante de Perejil) o son producidas por ellos.

En rigor, la tragedia sigue viéndose como un fenómeno de asuntos exteriores. Es la otra cara ilustrativa de la moneda gráficamente esgrimida por Alexander Haig cuando reflejó la opinión oficial de cierta parte de la clase dirigente, aunque maquillada como percepción personal, sobre el intento del golpe de estado de Tejero, el 23F: es un asunto interno, o sea externo para Estados Unidos, según las conveniencias. *Foreign affairs* es, para el norteamericano medio, simplemente una revista especializada de un campo exótico. El término *foreign* suena similar al equivalente en inglés del español *Legión Extranjera*; mientras que un *affair* hace referencia en inglés americano a una relación sentimental ilícita. A este terreno pertenece todavía la tragedia del 11 de septiembre.

Parece un círculo vicioso. Resulta tópico constatar que los norteamericanos no siguen las noticias internacionales porque no poseen la educación necesaria. Los medios de comunicación, atrapados en época de crisis, no proporcionan el contenido y análisis necesarios. En un país cuyo sistema universitario cobija los mejores especialistas del planeta en relaciones internacionales y sin cuyos análisis teóricos y prácticos la disciplina sería muy diferente (o inexistente), más de la mitad de los miembros del Congreso no poseen pasaporte, se supone que porque no lo necesitan. El resultado de todo este problema es que el 11S quedó archivado en el cesto de los temas internacionales, sobre todo, por la espectacularidad de la campaña en Afganistán y después por la guerra anunciada contra Iraq y, subsecuentemente, por la ejecución de la misma.

Desde Europa, el autismo de Estados Unidos se percibe como clamoroso. Nunca había sido más amplio el cisma entre el liderazgo europeo y dicho país. Cuando norteamericanos y europeos consiguen comunicarse, los primeros tratan de mandar un mensaje de que están en guerra y persisten en representar unos valores amenazados. Los europeos (al menos los que representan a la vieja Europa en la imaginería de Rumsfeld) parecen defender unos valores distintos. Para los norteamericanos, son los que impelieron a los peregrinos y sus imitadores a surcar el mar y huir de la intolerancia, el hambre y el totalitarismo; para los europeos, su mayor orgullo es precisamente haber superado estas lacras en la experiencia propia y el casi suicidio continental que terminó en 1945.

Pero el divorcio entre Washington y Europa poco importa a la opinión pública norteamericana, y menos al Pentágono. El 11S sigue pareciendo un problema externo. En un primer plano, los secuestradores eran, evidentemente, extranjeros. Las víctimas, con la excepción de los agentes del orden y los bomberos que perecieron en el rescate, se presentaron como multinacionales, empleados de empresas globales, en el afán por resaltar que el ataque no fue solamente contra Estados Unidos, sino también contra el resto de la humanidad. En un segundo nivel, los sospechosos son siempre extranjeros. Los presos, sobre todo los que están o han estado en Guantánamo, también son extranjeros, con la excepción de una media docena de británicos y algún español perdido para los que se han exigido tratos judiciales de favor. El interés obsesivo por individualizar la legalidad de la detención de algún ciudadano norteamericano implicado en los atentados o acusado de ser agente de los terroristas, revela palpablemente esta obsesión por distinguir lo propio y lo ajeno.

En el fondo, y a pesar de la superficial reacción de las banderitas, la amenaza del terrorismo es un problema inescrutable, desechable, como los pañuelos y pañales mo-

dermos. A esta confusión ha contribuido la propia táctica del Gobierno norteamericano, muy especialmente el discurso del presidente, al identificar el problema como un mal etéreo, cuasireligioso. De ahí que se haya tenido que acudir al anclaje del mal con un ente más asequible en un país concreto. Primero fue en Afganistán y luego en Iraq.

Además, por si acaso el exotismo no era lo suficientemente contundente, los ejércitos norteamericanos (dos tercios de los cuales están en Corea e Iraq) se perciben también como una necesaria legión extranjera, relativamente bien pagada, cumpliendo una función. *It's a job*, ('es un trabajo') es una expresión acertada procedente de la terminología con genuino sabor americano. Los que auguraban una experiencia tétrica en el proceso de la guerra con la anunciada llegada de centenares de ataúdes, no vieron cumplidas sus predicciones. De momento, el goteo de las víctimas de los francotiradores o de las guerrillas de ocasión ha sido asumible para los estómagos de los norteamericanos, puesto que, en el fondo, son tan justificables como las muertes de los policías en la diaria lucha contra la criminalidad en cualquier ciudad norteamericana. *It's a job*, de momento; además de es una función extranjera, en latitudes lejanas, contra elementos extraños. El 11S fue una excepción.

En suma, la crisis no impactó en las vidas diarias, aunque sí se incorporó a la parafernalia patriótica, de la inmensa mayoría de los norteamericanos. Las excepciones más claras (aparte, naturalmente, de las víctimas más directas de los atentados) son los hombres de negocios que se ven obligados a viajar constantemente y que deben sacarse los zapatos (ya lo hacen automáticamente, sin peticiones previas) y extraer los ordenadores de la maleta para pasar los controles de seguridad, así como los empleados de las empresas íntimamente conectadas con el turismo más tocado por la crisis. Aunque los expertos señalan que el deterioro económico está ligado a los resultados de los atentados, los ciudadanos no lo ven así.

Esta disfunción entre realidad y mitificación viene de lejos y es fácilmente rastreable a la progresiva falta de confianza, paralela a la pérdida de la inocencia política durante la segunda mitad del siglo xx.

## 5. La raíz del deterioro

A mitad de 2003, casi dos años después de la tragedia del 11 de septiembre, el panorama ya era desconcertante, confuso, incómodo, incluso para los que se regocijaban del final de la guerra de Iraq. Subsistía el caos en el país, la economía no se recuperaba, se multiplicaban los atentados en otros lugares (Marruecos, Indonesia) y las bajas norteamericanas desde el final oficial de la guerra ya superaban a las sufridas en los combates. Las voces que en todo este tiempo se han atrevido a cuestionar el rumbo tomado por la actual dirigencia de Estados Unidos preguntaban acerca del origen de la paradoja: ¿cómo es posible que en pocos meses se pasara de afirmar que "todos somos americanos", según el editorial de *Le Monde*, a reclamar que "(casi) todos odiamos a los americanos"? En realidad, la clave no reside en las motivaciones de los observadores extranjeros, sino en la propia evolución interna de la psique norteamericana. Una posible explicación se puede encontrar más al sur, en la rica indagación de la identidad latinoamericana.

En el impactante párrafo inicial de su magistral *Conversación en “la Catedral”*, el protagonista de la novela de Mario Vargas Llosa, se pregunta: ¿en qué momento se había jodido el Perú? En medio de un panorama de mediocridad y desastre, caos y pobreza, opresión y corrupción, Zavalita indaga sobre las causas del estado de frustración, que no es solamente personal, sino nacional y continental.

Esa búsqueda de la identidad latinoamericana revela algunos denominadores comunes, presentes en todos los países y en todas las generaciones. América Latina es en esencia la combinación lógica de lo que los líderes latinoamericanos quisieron que fuera, lo que no consiguieron, y la labor de zapa de los diversos obstáculos impuestos por los que consideraron que debía optar por una senda diferente. El resultado es una inmensa frustración de unos y otros. Además, el pensamiento y las ideologías latinoamericanas revelan una obsesión central: Estados Unidos.

Mientras el desarrollo de la identidad nacional, de la cohesión estatal y social, de la concreción política de cada una de las naciones latinoamericanas es un panorama de fracaso, la observación del fenómeno de Estados Unidos produce el efecto contrario. Al sur impera el desastre; en el norte preside el éxito.

Lo curioso es que este fenómeno no es reciente, sino que se remonta a las primeras generaciones de los próceres, como si ya intuyeran las pautas del futuro. Los intelectuales latinoamericanos se han enfrentado durante dos siglos al espejo, preguntando “quién es la más bella de las mujeres”. Lamentablemente, el cruel cristal, en lugar de contestar narcisistamente, lanza el equivalente de “¡Blancanieves!”. Parafraseando a Clinton, en su existosa consigan cuando se enfrentó a Bush padre en la campaña presidencial: “los Estados Unidos, idiota”.

Hoy el éxito del modelo de Estados Unidos ha adquirido una dimensión monstruosa. No solamente es la única alternativa ideológica tras el fracaso del modelo soviético, sino que su poderío militar es imparable, y probablemente, para recordar la etiqueta de Madeleine Albright, imprescindible.

Paradójicamente, esta potencia se ha convertido en blanco del temor y las críticas de la mayor parte de la humanidad, con el resultado de que, a un par de años del 11S, el clamor sincero de “todos somos americanos” se transformó en “(casi) todos somos anti-Bush y Rumsfeld”<sup>19</sup>. Aleccionadoramente, los latinoamericanos han estado pioneramente en la vanguardia de este fenómeno. ¿Qué ha pasado?; o, mejor, ¿en qué momento se jodió Estados Unidos?

Lo intrigante de este hecho es que no es simplemente detectable en los meses posteriores a las primeras reacciones al 11S. Es mucho más complicado para ser atribuido al desdén mostrado por la Casa Blanca y el Pentágono hacia la OTAN cuando ingenuamente activó su artículo 5, a las megalománicas declaraciones presidenciales concretizadas en el documento de Estrategia de Seguridad Nacional, o los insultantes exabruptos de Rumsfeld contra la vieja Europa. ¿En qué momento, en fin, se jodió esto? ¿Cuándo, en realidad, se comenzó a atentar contra las Torres Gemelas, o se apresuró uno a comprar cinta adhesiva para protegerse del gas mortífero?

---

<sup>19</sup> Lo que puede parecer una apreciación subjetiva está confirmado por las encuestas. Véanse las elaboradas por el Pew Research Center y los análisis de la Fundación Real Instituto Elcano.

En realidad, todo se remonta al momento en que Estados Unidos, surgido como victorioso de la segunda guerra mundial tras su triunfo contra el fascismo y el nacionalsocialismo en Europa y el militarismo imperial japonés, se enfrentaba al nuevo enemigo que, como una sirena, encantaba desde Moscú a los marginados del planeta. Washington captó certeramente que la oferta de un paraíso totalitario en la tierra era más concreta que la vaga búsqueda de “la búsqueda de la felicidad” de la Declaración de Independencia. El marxismo competía con la oferta norteamericana abierta a todo el planeta, expuesta en la Estatua de la Libertad: “dadme las masas temerosas, suspirando por ser libres”. En consecuencia, se resolvió eliminarlo, lo cual puede parecer plenamente legítimo. El problema es que ejecutó esta misión a cualquier precio.

## 6. El interés nacional

Durante el torbellino de acontecimientos acumulados en el histórico mes de noviembre de 2004 con la reelección de Bush, se soslayaron algunos interesantes aniversarios, íntimamente conectados con el nombramiento de Condoleezza Rice como secretaria de Estado. Al recordar que cuatro años antes Rice había conseguido atraer la atención de Bush mediante la publicación de un significativo artículo en *Foreign Affairs*, conviene también meditar que igualmente un cuarto de siglo antes, otra mujer, Jeane Kirkpatrick, logró capturar el favor de Ronald Reagan con otro artículo de mayores consecuencias que el ensayo de Rice. La tesis central de uno y otro artículo estuvo dramatizada en su momento por la popularidad de Francis Fukuyama. En el fondo, todos le deben su fortuna a George Kennan, quien hace más de medio siglo acertó a inspirar, con otro ensayo precisamente publicado en *Foreign Affairs*, lo que sería la columna vertebral de la política de Estados Unidos en la guerra fría.

Vayamos por partes. En julio de 1947 ya se había hecho evidente que la conveniente luna de miel de la alianza entre Estados Unidos y la URSS se había agotado. George Kennan, un funcionario del Departamento de Estado en Moscú, publicó con el seudónimo de Mr. X un ensayo, titulado como “Largo telegrama” en su envío previo a sus superiores, y ulteriormente aterrizó en el escritorio del presidente. Así, se convirtió en la base de la doctrina Truman. Considerando que las “Fuentes de la conducta soviética” (como rezaba el título) estaban basadas en la ideología y las circunstancias, y que sus objetivos residían en la obsesión del control interno y la expansión de su dominio, Estados Unidos debía ejercer una política implacable de contención<sup>20</sup>.

Mientras sucesivos presidentes se enfrascaron en la modulación de esta política, entre la disuasión y la amenaza de la destrucción mutua asegurada, nadie mejor que Kennedy supo sublimar el compromiso de Estados Unidos en su clásico discurso de toma de posesión de enero de 1961. Aparte de indicarles a los norteamericanos que “no pidieran a su país qué es lo que podía hacer por ellos, sino que se preguntaran qué podían hacer ellos por su país”, prometió “pagar cualquier precio, llevar cualquier carga, enfrentarse a toda dificultad, apoyar a todo amigo, oponerse a cualquier

---

<sup>20</sup> Sobre las similitudes de actitud de las tesis de Kennan con la política a adoptar por los aliados ante el Estados Unidos actual, cfr. Moss, 2005.



enemigo, para asegurar la supervivencia y el éxito de la libertad". Como se explicó anteriormente, la expresión "cualquier precio" fue interpretado de distintas maneras, y trágicamente en algunos casos (véase Vietnam).

Cuando la misión nacional parecía tambalearse y flirteaba por derroteros reformistas durante la Administración Carter, en noviembre de 1979 (un cuarto de siglo exacto antes de la reelección de Bush), la profesora de ciencias políticas de la Universidad de Georgetown de Washington, Jeane Kirkpatrick, publicó en la revista conservadora *Commentary Magazine*, un ensayo repetidamente citado titulado "Dictaduras y doble rasero", más tarde ampliado y convertido en libro. Tuvo la fortuna de fascinar a Ronald Reagan, ya en campaña contra Carter, al que Kirkpatrick básicamente acusaba de obsesionarse por la política de derechos humanos. El interés nacional residía en prestar la debida atención a una sutil, pero decisiva, diferencia entre los regímenes que eran totalitarios (sin remedio y, por lo tanto, merecedores de la doctrina Truman) y los autoritarios (redimibles y, por lo tanto, susceptibles de ser aliados). Nada nuevo, pues era un eco del comentario de Franklin D. Roosevelt ante la advertencia de que Tacho Somoza era un "hijo de p...": pero "es nuestro hijo de p..."

Desde la perspectiva española, Kirkpatrick llegaba tarde a la vista de que la alianza con Franco fue un fiel reflejo de su *policy paper* ('plan político de acción'), pero en realidad estaba pensando (de oídas, ya que no era una especialista en América Latina) en Centroamérica y en el Cono Sur. Los resultados, ya se sabe, fueron contundentes y lamentables para el recrudescimiento de las dictaduras latinoamericanas. Aparte de que le dio velas a los militares argentinos para creerse que Reagan rompería la sempiterna relación especial con Gran Bretaña y que los apoyaría en la alucinante operación de las Malvinas, respaldó a los militares centroamericanos en un baño de sangre que se despunteó al año siguiente con el asesinato de monseñor Óscar Romero y se culminó con la masacre de Ignacio Ellacuría y sus compañeros jesuitas en la Universidad Centroamericana de El Salvador, en noviembre de 1989.

En cualquier caso, debido a una combinación de la tenacidad de la doctrina Kennan-Truman, la incapacidad del sistema soviético, y la implacable presión de Reagan en la carrera de defensa, lo cierto es que la URSS se hundió. Estados Unidos se quedó sin enemigo. Tras el fin de la historia (las ideologías) de Francis Fukuyama, esperando la llegada ominosa del choque de civilizaciones de Huntington, Clinton se dedicó a operaciones de paz y humanitarias, sin una estrategia global. Por ello, acusando a Clinton de inmiscuirse en la construcción de naciones, Rice publicó, a principios de 2000, otro ensayo en *Foreign Affairs*, titulado "Promocionando el interés nacional", que iba dirigido a George W. Bush, en campaña frente a Al Gore, y lo embelesó.

El interés nacional, aducía la ahora secretaria de Estado, no es lo mismo que el interés humanitario ni los intereses de la comunidad internacional. Desdeñaba esta política enraizada en el pensamiento de Wilson, del que se detectaban ecos en Clinton. En contraste, Rice señalaba al que luego la contrataría como consejera de Seguridad Nacional, que las instituciones y los acuerdos internacionales no deben ser un fin en sí mismos. El interés nacional de Estados Unidos, que está en una "posición notable" y "en el lado justo de la historia", es usar su poder militar (que no es un poder civil) para proyectarse en un mundo guiado por el crecimiento económico, el libre comercio y la estabilidad monetaria, aliarse con socios que compartan los valores norteamericanos,



consolidar la relación con importantes poderes (Rusia y China), y enfrentarse a estados hostiles y díscolos.

Luego vinieron el 11S y la aventura de Iraq. En este momento, Rice completó su doctrina simplificadora con una innovadora recomendación: “castigar a Francia, ignorar a Alemania y... (releyendo a Kirkpatrick) perdonar a Rusia”. Sus declaraciones posteriores apuntarían hacia una corrección sutil de tesis tan contundentes, predicción que se vería confirmada por el esfuerzo notable de limar las asperezas con el presidente Jacques Chirac con motivo de la visita a Bruselas.

En cualquier caso, en Estados Unidos a lo largo de la segunda mitad del anterior siglo, se tomó al pie de la letra la promesa de Kennedy de “enfrentarse a cualquiera, pagar cualquier coste, aportar cualquier medio”, para defender la libertad atropellada o amenazada. De ahí, la alianza de este país con las más despreciables dictaduras de América Latina, sus pactos con Franco y Salazar, su pragmático apoyo a los militares turcos y griegos, el mirar hacia el otro lado ante las tropelías de los monarcas medievales árabes y el apoyarse en corruptos sectores del sudeste asiático.

Vietnam y el asesinato de Kennedy fueron la clave, la pérdida de la inocencia. La caza de brujas de McCarthy precedió a la mentira y la corrupción del régimen de Nixon. Su vergonzante dimisión fue un mazazo en la conciencia nacional, que no volvió a ser la misma, ni siquiera con la elección de Carter, humillado en Teherán. Con la llegada de Reagan a la Casa Blanca se sublimó la justificación de que en la lucha contra el Imperio del mal (precedente del eje del mal descubierto por George W. Bush) todo valía. De ahí la entronización de la doctrina Kirkpatrick. El final de la guerra fría fue de tanteo y solamente sirvió para que el pragmatismo fuera un tanto más descarado en el mandato de Bush padre que en el de Clinton.

Solamente faltó el ataque cobarde y criminal del 11 de septiembre de 2001 para que la conciencia nacional quedara anonadada. Como España en 1898, la nación se quedó sin pulso. Después quedó prendada por el paroxismo de la guerra contra Iraq, como sustitutivo de la frustración por no poder capturar a Bin Laden. Pero el país se malogró mucho antes. Hoy, a causa del trauma del 11S, resultan más obvias las consecuencias del deterioro anterior.

## **IV. Ciclos, modos y tendencias de la política exterior**

### **1. El dilema entre idealismo y realismo**

A lo largo de este trabajo se ha expresado la tesis, provisional y sujeta a numerosos matices correctores, de que el 11S no lo ha cambiado todo, o por lo menos, no tan drásticamente como abogan los que, cobijados tras esta aseveración, tratan de justificar las acciones del Gobierno norteamericano y, por lo tanto, cimentar la bondad de las doctrinas que las sustentan. De momento, está por ver si los atentados y sus consecuencias (entre ellas, la reelección de Bush) conseguirán trocar irreversiblemente la psique de Estados Unidos. En primer lugar, es aconsejable examinar si el drama ha modificado la visión norteamericana acerca de los aspectos básicos de la naturaleza

humana. En segundo lugar, convendrá observar cómo se autopercibe el papel de la que ya está reconocida como la única superpotencia (o hiperpotencia, según la novedosa etiqueta plasmada por Hubert Védrine, exministro de Asuntos Exteriores de Francia) en administrar (o dominar) el nuevo desorden mundial, en parte generado por ella misma. De momento, la tarea urgente es más modesta. Se trata de administrar un Iraq ocupado, después del desastre, en transición a una precaria democracia.

Curiosamente, en las mentes de los centros de decisión de Estados Unidos compertían, antes de la guerra y todavía hoy, dos tendencias que en realidad están de acuerdo y que responden a dos (aparentemente) divergentes doctrinas norteamericanas. Realistas (los que ahora dominan el escenario) e idealistas (en un *insilio* —'exilio interior'— doloroso) están de acuerdo (aunque no lo admiten) en que el resto del planeta poco tiene que controlar en el futuro de la administración de Iraq. Pero mientras los idealistas querían reimplantar una soberanía instantánea iraquí al final de las hostilidades, los realistas se vieron presidiendo (de buen grado, pero no lo confiesan) una larga ocupación y necesaria reeducación.

La primera tendencia es la que está plenamente reflejada en los textos fundacionales de Estados Unidos que declaran que todos los hombres fueron creados iguales, que cada uno tiene derecho a la búsqueda de la felicidad, y que, mientras no se demuestre lo contrario, todo el mundo es inocente, incluso los extranjeros. A estos se les hizo una temprana oferta para que vinieran a acogerse bajo la nueva nación, con la firme convicción de que la oportunidad y el trabajo obrarían el milagro de trocarlos en provechosos ciudadanos.

En reverso, esta doctrina está firmemente cimentada en el celo de perfil puritano por el que, con convicciones wilsonianas o por la fuerza, si cabe, se pueden imponer los valores norteamericanos en cualquier parte del planeta. Resulta curioso que los idealistas se sentirían más cómodos en un mundo hilvanado según los compromisos de la UE, donde la guerra es impensable y materialmente imposible. Aunque parezcan ser de Venus (según Robert Kagan<sup>21</sup>), en el fondo son discípulos de Schuman y Monnet. Significativamente, esta dimensión fue capturada por Bush en su discurso de toma de posesión de su segundo mandato.

Los realistas son a la vez desconfiados y creyentes. Están firmemente convencidos de la innata maldad humana en un mundo *hobbesiano*, y de la necesidad de la fuerza para imponer argumentos legítimos, pero creen en la bondad innata de los valores de Estados Unidos y en la necesidad del resto de la humanidad de adoptarlos, o por lo menos respetarlos. Son, en la aparentemente novedosa concepción de Kagan, de Marte, y así se comportan porque poseen la fuerza.

Idealistas y realistas están de acuerdo, por lo tanto, en la superioridad del *American way of life*, en la paz y en la guerra. Pero los idealistas tenían un esquema para la paz en Iraq que choca con el planteado por los realistas. Ambos, en el fondo, preferirían que el resto del planeta no se entrometiera, y de ahí su desconfianza hacia la mayoría de los europeos, divididos u oportunistas. Pero, ambos puritanos, disienten tajantemente en cuanto a la celeridad con que quisieran ejecutar sus planes mentales.

---

<sup>21</sup> Cfr. su popular artículo y su libro (Robert Kagan 2003; Robert Kagan 2005).

Los idealistas querían casi en el momento del fin del régimen de Sadam Huseín que la Administración del país recayera mágicamente en manos de los iraquíes que, en su inmensa mayoría, y mientras no se demuestre lo contrario, debían ser inocentes (en bloque y universalmente) de los males de su régimen. Curiosamente, detrás de esta ideología estaba una coalición formada por el secretario de Estado Colin Powell y el propio presidente George W. Bush. Naturalmente, este discurso presidió la lógica de las elecciones iraquíes del 30 de enero de 2005.

Los realistas, calificados genéricamente como “halcones”, y como “realistas ofensivos” en la terminología académica, quienes han estado dominando el Departamento de Defensa desde las elecciones que encumbraron a Bush a la presidencia en 2000, y que han monopolizado casi todas las ramas de la administración desde el 12 de septiembre, no estuvieron de acuerdo. En gran medida, han visto este plan con tanta desconfianza como la posibilidad de compartir el control político con los europeos y, peor todavía, con el entramado desprestigiado de la ONU. Además, hay que contar con las disputas acerca del uso de los ingresos del petróleo iraquí con destino a la reconstrucción, terreno espinoso abierto a litigación internacional.

Entre estos dos extremos se disputan todavía la precaria paz presidida por atentados y ataques civiles, cuando ni siquiera estaban de acuerdo acerca de cómo iba la guerra, y mucho menos sobre cómo terminaría. Paradójicamente en su desacuerdo, formaron una coalición: los unos querían entregar rápidamente las riendas del país a los iraquíes supervivientes, mientras los otros no se fiaban de nadie (pero no lo admitían en público), aunque no tenían experiencia en gobernar un país en dudosa transición. La incógnita tras las elecciones era colosal, pero no cejaron en su convicción.

Mientras tanto, los únicos que debieron resolver las tareas diarias son los militares. Además de realizar el trabajo sucio de la guerra, parecieron quedar permanentemente a cargo del problema. La oficialidad norteamericana de momento se vio obligada a desempeñar el papel para el que innatamente dice no estar preparada: el de policía planetaria.

Lanzados a una guerra rápida diseñada por los políticos, los militares tienen la impresión de quedarse empantanados, obligados a administrar y mantener la precaria paz, dedicados a separar facciones en disputa y a protegerse de los acosos de la que ya está considerada como guerrilla organizada. Es una misión ante la que se han mostrado escépticos y reticentes. Los halcones, desconfiando de los europeos a la hora de exigirles compartir la autoridad, dejarán a los militares norteamericanos (de momento, a través de oficiales militares jubilados) en solitario, cuando reparen que devolver la plena soberanía a los iraquíes es una utopía. Idealistas y realistas se encontrarán paradójicamente en frustrante buena compañía.

No obstante, mientras que el discurso oficial ofrecía la aplicación de un instantáneo Plan Marshall de ayuda económica y reconstrucción (curiosamente recordado ahora en Europa con mal disimulada admiración, incluso en círculos de la izquierda), arropado por un idealismo en la mejor tradición *wilsoniana*, de momento la actuación quedaba reducida a un (para decirlo en un efectivo juego de palabras en inglés) *Martial Plan*.

## 2. Ciclos de la política exterior

Según parece, cada cuarenta o cincuenta años Estados Unidos experimenta una angustia existencial en busca de su ubicación en el mundo. Al final de este período, su posición en política exterior parece permanecer con ciertos visos de estabilidad<sup>22</sup>.

Para los propósitos de nuestro análisis, siguiendo el canon más aceptablemente compartido, la política exterior de Estados Unidos se divide en unos grandes períodos desde el asentamiento de su independencia a principios del siglo XIX. El primero es relativamente corto y comprende, desde la independencia en 1776, hasta la declaración de la doctrina de Monroe en 1823. El segundo es más largo, está presidido por un acomodo cauto al dominio comercial y político de Gran Bretaña, y se extiende hasta el estallido de la primera guerra mundial en 1914, que convirtió en obvio el principio del predominio de Estados Unidos, perfectamente intuido por los latinoamericanos y sufrido por España en 1898. Esta gran etapa estaría a su vez afectada por la experiencia de la Guerra Civil, y estaría tocada por lo que se llama la actitud de base populista e intuitiva que aparentemente descuelga y domina el panorama actual, que explicaremos más adelante.

La siguiente gran etapa de la estrategia exterior de Washington en los dos primeros siglos de la historia de la actual única superpotencia duraría hasta el final de la segunda guerra mundial, y más precisamente hasta la declaración de la doctrina Truman en 1947 que inauguró oficialmente la guerra fría. Todavía hoy los especialistas y observadores no se ponen de acuerdo acerca de la validez de la existencia de una quinta etapa posterior dedicada a la post guerra fría, pero el consenso dice que, desde la desintegración de la URSS, el entramado de la política exterior de Estados Unidos entró en un ciclo diferente que para algunos terminó el 11 de septiembre de 2001, con los ataques terroristas en Manhattan y Washington. En cualquier caso, nos hallamos ahora, por lo tanto, apenas en el alba de la era de la política exterior norteamericana que, según las indagaciones más creíbles, se plasmó al terminar la guerra fría, pero solo se puso en práctica con la llegada de George W. Bush al poder y, más exactamente, como resultado del 11S.

A riesgo, nuevamente, de caer en otro tópico, lo cierto es que los expertos y la opinión pública claman que nada es igual desde los ataques de Al Qaeda durante aquella fatídica y soleada mañana de septiembre. Por lo tanto, convendrá prestar atención a la larga época anterior al final de la guerra fría para captar el perfil histórico de la política exterior de Estados Unidos y deducir luego si contrasta con las líneas actuales.

A grandes rasgos, corriendo nuevamente un nuevo riesgo, esta vez de simplificación, se cree que la estrategia exterior de Estados Unidos nace de un principio de tendencia aislacionista y desemboca en una inclinación a la intervención. Lo cierto es que la primera tentación siempre está presente y responde a unos condicionantes sociológicos fundacionales, basados en la desconfianza hacia los orígenes europeos, la herencia que se rechaza y a la convicción de la superioridad de la nueva vida por la que se ha optado y, por lo tanto, de la inclinación a prescindir de aventuras externas. De ahí que, paradójicamente, el unilateralismo actual del que se acusa a Estados Unidos de forma unánime, tiene una raíz anclada en el rechazo original del interven-

---

<sup>22</sup> Para una revisión de esta evolución, cfr. Mead, 2004.

cionismo. Se trata de una aversión a quedar comprometido en alianzas complejas y colectivas.

Por un lado, una parte de la conciencia considera que la vida americana es un castigo para los que esencialmente son europeos, o aquí vinieron obligados por energías y abusos europeos (esclavitud, conquista, hambre) y, por lo tanto, se adjura de la vida en el nuevo continente, sintiendo nostalgia del pasado. De ahí que este sentimiento impela a la intervención hacia el exterior. Por otro lado, la segunda mitad considera que la vida americana constituye el ideal y, de ahí el rechazo de lo exterior, o sea, que genera aislacionismo<sup>23</sup>.

Vista desde ese punto de vista, la evolución de la política exterior de Estados Unidos está presidida por un constante movimiento pendular entre aislamiento e intervencionismo, entre unilateralismo y multilateralismo. Desde una perspectiva española y latinoamericana, parece que el intervencionismo ha sido la norma, desde la guerra contra México hasta la represalia por el hundimiento del *Maine* y la toma de Panamá. Fue la sublimación de la doctrina del destino manifiesto, con el antecedente de la doctrina de Monroe, paradójicamente de base aislacionista.

Esta evidente proclividad al intervencionismo y al unilateralismo sería corregida por el favoritismo del multilateralismo propio de Woodrow Wilson y luego por el aislacionismo impuesto por el Congreso, que le abofeteó en su esfuerzo internacionalista al rechazar su proyecto de la sociedad de naciones. Esta ausencia, al impedir el protagonismo de la ya entonces importante potencia, lastró el experimento de equilibrio mundial y facilitó el ascenso de las ideologías fascistas en la Europa de entreguerras. El letargo aislacionista en los Estados Unidos terminó de repente con el ataque japonés a Pearl Harbor y el multilateralismo presidirá el regreso contundente de Estados Unidos a la escena global en la segunda guerra mundial, doctrina que se extendería hasta la guerra de Corea, y fenecería en el conflicto de Vietnam. Una melancolía de aislamiento sería el resultado tras el desastre, pero el unilateralismo seguiría incólume en la lucha contra la URSS.

Con la desaparición del enemigo, pareció que la oscilación de las preferencias se inclinarían al aislamiento, pero la aventura de Kuwait revivió la vigencia del multilateralismo. Pero, al final de la historia, en lo que para algunos debió ser una demasiado larga era Clinton, dominada por la doctrina de la ampliación (*enlargement*) de la democracia (según la consigna aparentemente diseñada por el asesor de seguridad nacional Anthony Lake, se agazapaba la nueva y revolucionaria doctrina que seguridad nacional que poco tenía que ver con el anterior consistente en la combinación de la contención y la disuasión<sup>24</sup>. Nada tiene de extraño, por lo tanto, que Bush captara esta idea y la incorporara, en un nivel obsesivo, en su discurso de toma de posesión de su segundo mandato. Curiosamente, Anthony Lake, más tarde profesor de la Universidad de Georgetown, pasó a engrosar las filas críticas.

---

<sup>23</sup> Este sentimiento se convirtió en columna central de las actitudes de Archie Bunker, el protagonista de su serie televisiva muy popular en los años sesenta y setenta, estereotipo de la clase media baja, cuyas opiniones contrastaban con las de su yerno, pacifista, liberal, idealista, abierto a otras culturas.

<sup>24</sup> Para referencias a las grandes doctrinas: <http://www.whitehouse.gov/response/faq-what.es.html> [en línea en 27 may 12].

### 3. Modos y tendencias

En la complejidad de una nacionalidad sin ideologías, que de forma significativa (para los observadores precavidos y paradójica para los inexpertos) es a su vez una ideología, el perfil de la política exterior de Estados Unidos adquiere una necesaria consistencia mayor si, al análisis de sus grandes ciclos y a la oscilación entre dos inclinaciones hacia el aislamiento y el intervencionismo, se unen otros prismas de observación. Conviene, por lo tanto, añadir la consideración de modalidades o tendencias, que no están ancladas firmemente en una época concreta, ni se identifican ni con un partido ni con una personalidad monopolizadora, aunque sí se recomienda etiquetarlas mediante una figura presidencial representativa.

Publicado, primero como artículo y luego como libro, anteriormente al estallido de la crisis del 11 de septiembre de 2001 y predecesor del exitoso ensayo de Robert Kagan, el esquema ofrecido por Mead, comentarista destacado de *Foreign Affairs*, resulta esclarecedor precisamente en ese momento cuando más se necesitaba de un análisis que evitase los extremismos, las descalificaciones y la contundencia de los argumentos ideológicos<sup>25</sup>. En lugar de sopesar las dimensiones de la política exterior norteamericana según el cumplimiento de ciclos históricos o la alternancia de posiciones dominantes, Mead opta por el dibujo simultáneo de diversas modalidades que coexisten y colectivamente contribuyen a dar vida a las líneas maestras de la actuación exterior de la superpotencia. Anclándolas en las personalidades de cuatro presidentes norteamericanos, el autor selecciona cuatro escuelas fundamentales: *hamiltoniana*, *jeffersoniana*, *wilsoniana*, y *jacksoniana*. Paradójicamente para los observadores europeos, la última pareciera ser la menos fácil de identificar con un presidente, ya que Andrew Jackson no es tan conocido como Hamilton, Jefferson o Wilson. Sin embargo, es la tendencia que parece ser más aplicable para entender algunos de los perfiles fundamentales de la política de George W. Bush.

Los *hamiltonianos* abogan por la protección de la empresa norteamericana en los mercados interiores y exteriores, para lo cual requieren la cooperación de los Gobiernos. Desde el siglo xix, favorecen la cooperación con Gran Bretaña, en lugar de competir con ella, y menos caer en las tentaciones de enfrentamientos.

Los *wilsonianos* se sienten impelidos por unos principios legales y, sobre todo, morales que desean ver esparcidos por el mundo, no únicamente catapultados por un sincero altruismo misionero, sino también porque de esa manera creen proteger mejor los intereses norteamericanos. Son lo que en el continente americano se empeñaron en obligar a los que consideraban como subdesarrollados vecinos a elegir “buenos hombres”. Es la justificación de las ocupaciones de Haití, Cuba y otros países en la primera parte del siglo xx. Esta tendencia no es monolítica y encuadra a los que apuntan a ejecutar esquemas de altos vuelos y grandeza, y los que prefieren concentrarse en temáticas más concretas. Los *wilsonianos* a la derecha consideran que el resto del mundo es el que debe reformarse, sin que eso sea necesario en el interior; los *wilsonianos* radicales consideran que la doctrina debe aplicarse por doquier. En el fondo,

---

<sup>25</sup> Cfr. Mead, 1999-2000; Mead, 2001.



ambas variantes están de acuerdo en que la existencia de democracias en el resto del mundo es en el mejor interés nacional de Estados Unidos.

En contraste con los *wilsonianos*, los *jeffersonianos* priman la preservación de la democracia americana en el escenario más amplio del mundo exterior. Se les antoja peligroso y confuso y, por lo tanto, no se sienten inclinados a imponer los valores propios en el exterior.

Estas modalidades, en el Estados Unidos de George W. Bush, están presentes en notables dosis inspiradoras de las doctrinas imperantes. No obstante, se perciben desplazadas por una cuarta manera competidora y menos conocida en la literatura teórica: los *jacksonianos*.

#### 4. La era *jacksoniana*

Los sectores que componen las filas fluidas y diversas de la tendencia jacksoniana se basan en intuiciones populistas. Son desdeñosas del pensamiento de una élite. Esta modalidad es la dominante en la actualidad en la Casa Blanca y el Departamento de Defensa, pero se duda de que se trate en realidad de una ideología.

Los *jacksonianos* consideran las ideologías como un entramado mental que se les antoja como demasiado teórico y más propio de especialistas e intelectuales escondidos en torres de marfil (aunque la mayoría de los responsables hayan pasado por puestos de influencia en el mundo académico). Su modo de estar en la vida es producto de un instinto. Su patriotismo no es en realidad una doctrina, sino una emoción, más en la línea del amor en la familia que como producto de una decisión consciente.

Si se puede aceptar que ejercen un nacionalismo, se diría que es la actitud más cercana a la variante étnica, cultural, alemana, como opuesta al nacionalismo cívico, político, francés, o genuinamente americano. Más que ser americanos de opción, sienten que lo son de herencia, aunque diariamente demuestran que cumplen con su obligación de aceptar afirmativamente el reto de Ernest Renan y su referéndum diario. En gran medida, están reflejadas en el citado libro de Huntington.

Son más protestantes que católicos. Hoy son más urbanos que en su origen fueron rurales y se asientan en la clase media y baja, más que en las acomodadas. Son típicamente blancos, aunque numerosos negros se adhieren a su pensamiento.

Paradójicamente, no están imbuidos de un sentimiento de superioridad, ni tampoco tienen grandes esperanzas de perfectibilidad, ni creen que la utopía será una realidad en sus vidas. De ahí que estén más dispuestos a respaldar acciones militares costosas, no solamente desde el punto de vista económico, sino también en el peaje de vidas humanas, ya que son esencialmente pesimistas en cuanto se refiere a la corrección del mundo como está. De todas maneras, creen que no habrá una paz duradera. De ahí que sea preferible sobrevivir en la guerra, ya que esta no desaparecerá de la faz del planeta.

Basan su conducta en reglas de honor (más por un apretón de manos que por tratados), independencia de criterio, valentía personal y desmesurado orgullo militar. Son esencialmente machistas, sinceros y están dispuestos a usar la fuerza hasta sus últimas consecuencias cuando las circunstancias de provocación lo aconsejan. Son tan realistas como los pertenecientes a las demás tendencias, incluso los *wilsonianos*.



Naturalmente, no tienen muchas esperanzas en el mejoramiento de las conductas de otras culturas, aunque preferirían que adoptaran lo básico del *American way of life*.

Más que moralistas, guían sus decisiones en política exterior según se perciban como amenazas frontales contra aspectos concretos de la soberanía nacional o los intereses empíricamente constatables, como el hundimiento del *Maine*, el ataque a Pearl Harbor, la invasión de Iraq que provocaría el corte del suministro de petróleo, o en el caso de Afganistán o Iraq por la afrenta de la Torres Gemelas y el Pentágono. De ahí que, en lugar de esperar milagros de la negociación ejercida a través de redes internacionales, aboguen por optar en la elección de la coalición voluntaria, mediante acciones preventivas, son solamente para castigar a los que se perciben como agresores o inspiradores, sino simplemente “por si acaso”.

John Wayne, Ronald Reagan, Theodore Roosevelt y, naturalmente, el Archie Bunker del programa televisivo *All in the family* de los años sesenta y setenta, son sus más fieles representantes en el pasado. Pero esto no quiere decir que este sentimiento *jacksoniano* no esté ausente como inspirador de las estrategias de otros presidentes. Resulta curioso que la médula de los mensajes de John F. Kennedy, del que se creería que respondía al perfil *wilsoniano*, fue esencialmente *jacksoniana*. Cuando solicitó la adhesión de sus compatriotas, al conminarles a que no preguntaran “lo que América pudiera hacer por ellos”, sino “qué podrían hacer por América”, respondía al instinto *jacksoniano*. Cuando, *urbi et orbi*, advirtió que en la lucha contra los enemigos de la democracia pondría a su alcance todos los medios, asumiría toda carga, y se enfrentaría a cualquiera, era esencialmente *jacksoniano*.

## 5. La ‘ideología’ de Bush

Hoy, resulta obvio, George W. Bush se inspira en la tendencia *jacksoniana* y en parte gracias a ella fue reelegido. Aunque las cuatro variantes coexisten en diversas épocas, es evidente que la última era la dominante en esos momentos, sobre todo en el esquema mental de Bush, aunque algunos de sus asesores y colaboradores estén (o hayan estado) inspirados por alguna vertiente de las otras modalidades (sobre todo la *wilsoniana* en la estrategia de Powell y, quizá, la *hamiltoniana* en las motivaciones empresariales de otros de sus colaboradores, como es el caso del vicepresidente Cheney). Por ejemplo, al combinar el análisis de las diversas expresiones de esta doctrina dominante (el documento de Seguridad Nacional, las expresiones explícitas de la asesora de Seguridad Nacional Condoleezza Rice, luego encumbrada a secretaria de Estado, y los antecedentes de los responsables del Departamento de Defensa), algunos ejes esenciales se rompen.

En suma, se prima el unilateralismo, mejor que el multilateralismo. Se apuesta por los intereses nacionales sobre los de la comunidad internacional, con lo que se rechazan una serie de compromisos multilaterales. En consecuencia, se tiene un profundo desdén por las Naciones Unidas, al menos en el formato actual.

Paralelamente, se expresa un compromiso en la aceleración del refuerzo de los vínculos con el resto del mundo, pero solamente mediante dos grandes líneas estratégicas: la militar y la comercial, a través de zonas de libre comercio que benefician a Estados Unidos. Por lo tanto, se profesa una aversión a los sistemas de integración insti-

tucionalizados, con entes comunes autónomos, tribunales de justicia con jurisdicción supranacional. En consecuencia, se prefiere respaldar por medios militares la defensa del interés nacional, como alternativa a la negociación internacional.

Al no sentir comodidad de implicarse en complicadas redes de cooperación internacional, se prefiere la alianza con aliados concretos que, en la coyuntura actual, parecen inclinarse por los mismos intereses (Rusia, China). Pero al mismo tiempo, en sentido pragmático se aboga por la participación en esquemas multinacionales que sirvan de apoyo a los intereses descritos anteriormente, como la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) o incluso la OTAN.

Identificándolos como los nuevos enemigos, se individualizan los ataques contra los regímenes matones y los Estados hostiles que impliquen ayuda o refugio a los terroristas. Con una pasión de tipo *wilsoniano*, se prefiere un mundo regido por los valores que se consideran como esenciales norteamericanos, y de aplicación universal. En suma, no hay alternativas paralelas, sino una distinción cristalina entre el bien y el mal. Esta distinción se eleva a la categoría de dogma con lenguaje religioso, impelido por una obligación de tintes mesiánicos.

En relación con una política contra el terrorismo, se propone no hacer concesiones ni llegar a acuerdos con los terroristas. Últimamente, llevar a los terroristas ante la justicia por sus crímenes, aislar y presionar a los países que amparen el terrorismo para forzarlos a cambiar de comportamiento; reforzar la capacidad de luchar contra el terrorismo de aquellos países que cooperen con Estados Unidos y requieran de asistencia.

## **V. Presente futuro de las relaciones transatlánticas**

### **I. Pautas y diagnóstico**

Con respecto a las relaciones con Europa, las declaraciones públicas que explícitamente no reconocen su origen *jacksoniano* contrastan con la conducta práctica. Por ejemplo, en la Casa Blanca se expresa constantemente la necesidad de reforzar la relación transatlántica, pero se sabe que está sujeta a ciertos términos y condiciones.

Los discursos oficiales, sin embargo, adolecen de una ausencia de mención explícita del papel de la UE, una organización que se les antoja de perfiles bizantinos cuya complejidad, en el fondo, irrita a los observadores norteamericanos de diversas inclinaciones ideológicas. Perteneciente al *wilsonianismo* pragmático, la exsecretaria de Estado Madeleine Albright, terminó una jornada de arduas negociaciones con los representantes de Bruselas advirtiéndole que para entender a la UE uno debía ser “francés o muy inteligente, o ambas cualidades a la vez”. Mientras tanto, las declaraciones y acciones mandaban señales inequívocas de la utilización vieja táctica del divide y vencerás, rompiendo la UE, esta vez bajo críticas doctrinas como desagregación. Todavía, a pesar del desprestigio de Rumsfeld (quien en la reciente conferencia sobre seguridad celebrada en Múnich quiso dejar atrás la polémica) se prefiere la nueva Europa, en lugar de la sospechosa nueva. Se la prefiere incluso bajo la cobertura de reforzar

su progreso, primando la ampliación a toda costa, incluso haciendo campaña para la inclusión de Turquía y reduciendo la naturaleza de la UE al mismo perfil de la OTAN.

Los estereotipos poseen una vertiente débil y una fuerte. Son arma de doble filo. En primer lugar, se basan en una intuición ampliada con exageración, posiblemente sujeta a error de percepción. En segundo lugar, siempre tienen un mínimo anclaje en la realidad, de lo contrario no sobrevivirían el paso del tiempo. La relación entre Estados Unidos y Europa ha estado, y más en aquel momento, contaminada por el estereotipo, reforzado constantemente por la lamentable falta de conocimiento mutuo y por los errores de cálculo de ambas partes. Pero el estereotipo tiene unos ingredientes incontestables y certeros si se procede al esfuerzo de analizar la esencia de ambas civilizaciones o las dos variantes de la misma civilización, si se quiere.

Lo cierto es que la imagen de Estados Unidos en Europa ha sido dañada a causa de lo que se percibe como errática política exterior, sobre todo con respecto a la guerra de Iraq (con una especial dosis de culpa de la percepción del presidente Bush<sup>26</sup>). Esta imagen se ha nutrido y se ha consolidado en dos grandes familias de percepción de Estados Unidos en la imaginería europea. Una es la tradicional oposición a Estados Unidos en la psique de los movimientos de una amplia gama de inclinación hacia la izquierda<sup>27</sup>; la otra está, paradójicamente, presente en los sectores conservadores que van de los nostálgicos españoles por las afrentas sufridas ante los norteamericanos en 1898 en Cuba, hasta los *gaullistas* franceses. En Francia precisamente se han generado los más interesantes ejemplos no solamente de un antiamericanismo visceral, sino de todo lo contrario, en lo que se ha dado en llamar hiperbólicamente *antiantiamericanismo*<sup>28</sup>.

En este contexto, algunos protagonistas de la política exterior norteamericana, y numerosos líderes de opinión, no se sienten aludidos por esta nueva ola de antiamericanismo y desdeñan, no solamente las protestas en las calles o en los medios de comunicación europeos, sino también las críticas ecuanímes y ponderadas. No son excepción los comentaristas que también consideran tan peligroso el llamado *antiamericanismo light* (que no pretende destruir Estados Unidos, sino simplemente acosarlo verbalmente), como la tendencia en Estados Unidos a ningunearlo y pretender que no tiene impacto. Sería esta la actitud expresada por el propio George Bush, al indicar que la política exterior de Estados Unidos no puede estar sujeta a las manifestaciones en las calles de... Barcelona, al referirse desde Buenos Aires, donde estaba dando conferencias a las espectaculares manifestaciones antiguerra que tuvieron lugar a principios de año en la capital catalana. Serían también ejemplo de *antiamericanismo light* los libros y publicaciones diversas que cuestionan la versión oficial de los atentados y cuestionan, por ejemplo, que el Pentágono fue impactado por un redactor pilotado por

---

<sup>26</sup> Cfr. Noya, 2003a; Noya, 2003b.

<sup>27</sup> Como ejemplo de un análisis innovador, cfr. el libro de Revel en francés (Revel, 2002) o español (Revel, 2003).

<sup>28</sup> *Ibidem*. Además, consulte el estudio de Mélandri y Vaïsse sobre el estado de las relaciones exteriores de Estados Unidos anteriormente al 11S (Mélandri, Vaïsse, 2001). Se recomienda la lectura de los comentarios de Stanley Hoffman (Hoffman, 2001) y de Walter R. Mead (Mead, 2003), además de los trabajos de Henri Astier (Astier, 2003), Paul Hollander (Hollander, 1992), Barry Rubin (Rubin, 2002), así como el comentario de *The Economist* (*The Economist*, 2003) y las recomendaciones de Peter van Ham (Ham, 2003).

los terroristas suicidas, o el aparato que se estrelló en las llanuras de Pensilvania fue en realidad derribado por cazas de la Fuerza Aérea<sup>29</sup>.

Quizá para proporcionar el necesario equilibrio y contribuir a buscar un mínimo entendimiento, numerosos analistas norteamericanos de diversas inclinaciones ideológicas están visiblemente alarmados. Consideran que la brecha entre Europa y América se puede consolidar como una norma de serias consecuencias para la supervivencia pacífica de Estados Unidos, no solamente en el mundo en general, pero muy especialmente en el contexto europeo, que se debe considerar como su hábitat natural, por su afinidad cultural y larga historia compartida<sup>30</sup>.

En este conflictivo escenario, tres aspectos básicos conviene tenerse en cuenta si pretendemos lograr un diagnóstico mínimamente adecuado de la relación transatlántica. En primer lugar, es un hecho que existe un interés en el liderazgo de ambas partes por minimizar los desacuerdos, ya que resultaría en propio y mutuo beneficio conservar la coalición natural que ha estado formada a ambas orillas del Atlántico. En segundo lugar, hay que aceptar que los desacuerdos no son simplemente superficiales o coyunturales y que tienen firmes raíces en unos conceptos diferentes y esencialmente contrapuestos de estar en mundo<sup>31</sup>. El tercer lugar, en ambos casos los frentes no son monolíticos y, de momento, únicamente en el bando europeo, la división interna resulta obvia.

De la misma manera que resulta obvio no poder hablar en rigor de Europa a la vista del divorcio existente en su liderazgo acerca de cómo tratar con Estados Unidos, conviene no perder de vista que la psique política de este país no está solamente representada por los dirigentes de cada período. También responde a otras miras que, de momento, se encuentran en minoría y aparentemente sin recursos de respuesta, aunque se expresan frecuentemente no solamente en las páginas de los diarios de mayor circulación, sino también desde los dictámenes y estudios de los centros de reflexión, no limitados a los más escorados hacia el liberalismo<sup>32</sup>.

Estados Unidos fue fundado, y ha estado sostenido hasta ahora, por la idea central de no querer ser Europa, el origen de donde surgieron. La idea de América es fundamentalmente parricida. Trata de capturar la herencia grecorromana, occidental y británica y monopolizarla para forjar una identidad que sea la sublimación de una utopía genuinamente europea. De momento, la conciencia norteamericana dominante es despectiva y desdeñosa de lo que percibe como carácter europeo, y opta por la acción doble de prescindir de las reticencias de una Europa que se percibe entre hostil y pusilánime.

Después de un largo aprendizaje en encajar los errores propios, Europa se enfrenta a una angustiosa definición de su identidad. Ante la dificultad de fijar sus fronteras, no solamente de perfil aduanero, sino mental y cultural, puede optar por fijar los límites

---

<sup>29</sup> Cfr. Urbano, 2003; Naím, 2003.

<sup>30</sup> Cfr. Ham, 2003.

<sup>31</sup> Como ejemplos de densos análisis acerca del desacuerdo entre Estados Unidos y Europa, producidos a ambas orillas del Atlántico, cfr. Burghardt; Chalmers, 2001; Isbell, 2001; Kennedy, Bouton, 2002; Lambert, 2001; Moisi, 2001; Moravsik, 2003; Voigt.

<sup>32</sup> Como ejemplo, cfr. la declaración de Albright (Albright, 2003).

hacia el oeste, explicitando el deseo de no ser Estados Unidos. Pero esta voluntad no es monolítica. Aparentemente responde a un sentimiento populista e intuitivo y compite con la decidida estrategia de una parte del liderazgo que considera que el futuro no está en la profundización de unas estructuras y esquemas europeos, sino en una alianza sólida, cuando no una supeditación con la única superpotencia.

Curiosamente, las circunstancias actuales se asemejan notablemente a las que se enfrentaban numerosos líderes e intelectuales latinoamericanos ya entrada la segunda mitad del siglo XIX, cuando se encaraban a la búsqueda urgente de la identidad nacional y continental ante el ascenso imparable de Estados Unidos después de haberse apropiado de más de la mitad del territorio de México. Domingo Faustino Sarmiento, que luego sería presidente de la Argentina, después de haber invertido una buena parte de su vida en luchar contra la dictadura populista de Rosas y de haber acuñado una de las más diáfanas opciones políticas entre la tentación de la barbarie (Rosas, la colonia, el gaucho, el subdesarrollo) y la civilización (la cultura, la ciudad, la Europa moderna), conminó a sus compatriotas con una consigna no siempre bien interpretada: “No detengamos a los Estados Unidos en su marcha”, dijo, “seamos los Estados Unidos, como las aguas de los ríos desembocan en la mar”. Ante lo que se les antoja como ambivalencia y errática conducta al enfrentarse a la amenaza de la moderna barbarie (el terrorismo), Blair, Aznar y sus aliados, parecen decir algo semejante, sin que apenas consigan la comprensión de los escépticos y muchos menos de sus contrincantes. El problema es que detrás de lo que semeja ser una polémica provisional se esconde un concepto más profundo acerca de cómo estar en el mundo.

Ambos bandos parecen haber elegido para fácilmente lograr una definición de Europa, la identificación con Estados Unidos (al menos en lo que atañe a la amenaza terrorista) o, por el contrario, el desmarque decidido de la estrategia, la ideología internacional, o simplemente la hoja de ruta con respecto a Iraq adoptadas por George W. Bush.

La brecha, por lo tanto, no es tan preocupante si nos atenemos al desacuerdo entre europeos y americanos, sino entre los propios europeos, porque se ha conseguido zapar el consenso establecido hace medio siglo por el liderazgo elitista de lo que ahora desdenosamente Rumsfeld llama la “vieja Europa”. Es exactamente la ideología que Kagan considera que domina la conciencia europea y que él ingeniosamente atribuye como procedente de Venus, cuando en realidad se trata simplemente de una idea nuclear de Jean Monnet vendida eficazmente a Schuman y a los padres fundadores de la UE.

Esta situación es grave porque apunta a la yugular de la única Europa innovadora que se presentaba como un modelo alternativo a los excesos y los errores históricos que fueron precisamente la causa primordial de la fundación de Estados Unidos por, precisamente, los predecesores de los que ahora se oponen a ella. Al haber huido de aquella vieja Europa de la intolerancia, el autoritarismo, el racismo, el ultranacionalismo, y todos los males que desembocaron el casi suicidio que se produjo de 1939 a 1945, los padres fundadores de Estados Unidos optaron por una alternativa que paradójicamente, con el paso del tiempo, se enfrenta al modelo nacido en 1950, con lo que siembra ahora la duda y la división en una Europa en puertas de la ampliación.

Para explicarlo con miras *hamiltonianas*, si al final de los inciertos años veinte un predecesor de Bush dijo que lo que era bueno para General Motors era bueno para

América, hoy aparentemente el liderazgo actual de Estados Unidos parece aducir que lo que es bueno para la UE no es bueno para Washington. Lo más grave de la situación es que, desde la mira de la vieja Europa, se considera que lo que es malo para Washington (el terrorismo) no es necesariamente malo para la UE, al menos en la concepción y condiciones con las que se presenta. Cabe señalar que es esta una posición tan peligrosa y dañina como la opuesta. No benefician más que a los enemigos obvios y declarados de ambas: el fundamentalismo y el terrorismo internacional y nacionalista que se nutren de la desigualdad, la ignorancia, y la intolerancia.

## **2. La reelección de Bush**

La campaña para la presidencia de Estados Unidos (además de la renovación completa del Congreso y la parcial del Senado) ya revelaba un contraste en la óptica con la que se observaba el proceso desde el exterior y las propias claves interiores. Lógicamente, desde Europa y América Latina se observaba el inminente desenlace con aprehensión y anhelo, según sus inclinaciones particulares, con el enfoque sobre las consecuencias que la decisión del electorado norteamericano tendría en el contexto internacional. Se olvidaba que, si bien las consecuencias del 11S presidían el ambiente, los comicios fueron decididos por la agenda interior, o al menos por la lectura local de la conducta de Bush en la escena global. Tras el triunfo de Bush, se trató de ajustar las expectativas de cada uno de los sectores del exterior a las intenciones y las necesidades del Gobierno norteamericano.

Teniendo en cuenta que una mayoría abrumadora de Gobiernos y ciudadanos del globo evaluaban negativamente la actuación anterior de Bush<sup>33</sup> y por lo tanto apostaban (los ciudadanos, según encuestas; y los Gobiernos, con sordina) por el candidato demócrata, Kerry, se diría que el triunfo del presidente debió ser encajado como una derrota. Alternativamente, los dirigentes que habían apoyado incondicionalmente al presidente norteamericano en su agenda exterior, especialmente la operación en Iraq, se sintieron explícitamente justificados, y algunos (ahora fuera del poder) reivindicados.

Paradójicamente, el hecho de haber retenido el apoyo y haberse mostrado críticos no debiera confundirse con el apoyo interior recibido por Bush, que a la postre seguirá ejerciendo su presión en lo que respecta a la capacidad del presidente para actuar en el exterior. A medio plazo, cada uno de los dirigentes, tanto los que apoyaron a Bush como los que se opusieron, podrán ejercer una presión y actuar con correspondiente autonomía según sus propias convicciones (ideología) y sus peculiares circunstancias (política interna). En este sentido, los que aparentemente perdieron su apuesta con la reelección de quien con tanta energía confrontaron y cuestionaron, pueden con posterioridad encontrarse en una posición de fuerza al sentirse solicitados de unos recursos económicos, pero también políticos y moderadamente militares, que escasearon en el capital limitado con que Bush debe administrar el mandato concedido por los electo-

---

<sup>33</sup> Cfr. Roy, 2005b.



res. A su vez, los dirigentes que lo apoyaron y todavía se sienten satisfechos pueden ver erosionada su posición a medida que aumenten las dificultades.

Comparativamente, sin embargo, los europeos y los latinoamericanos no cuentan con las mismas bazas. Si Europa puede jugar la carta de su poder económico y la legitimación de su apoyo, en una manera nueva de 'poder blando' (*soft power*), América Latina no cuenta ni con medios ni con influencia. Ni siquiera algunos países más cercanos a la más inmediata vecindad de Estados Unidos pueden ejercer el descarado chantaje de antaño, bajo la amenaza de convertirse en una segunda Cuba. Tampoco es demasiado lo que pueden aportar los dirigentes que apoyaron a Bush, y que continuarán haciéndolo.

La dimensión decisiva de la reelección de Bush ha sido la ideología. Francis Fukuyama se equivocó en su diagnóstico. Decretando el fin de la historia, abofeteaba a los ilusos que se habían movido en el siglo que fenecía gracias a los vientos de los movimientos ideológicos. El triunfo de la democracia liberal significaba el fin de la utopía. Sería, en fin, un mundo feliz: sin ideologías.

Pero, tozudamente acechaba el fantasma de la tesis del enfrentamiento de civilizaciones. Huntington no reparaba en que, en realidad, era un choque entre ideologías, diferentes a las del siglo anterior. También ocultaba que un contrincante formidable seguía en hibernación en el seno de la sociedad norteamericana. Sería el pensamiento que alimentaría a los asesores de Bush, resentidos del largo invierno bajo Clinton, llegada su oportunidad de oro con el 11S.

Mientras, los demócratas no conseguían coagular los ingredientes para enfrentarse a la autodefensa con que la América profunda, rural y sureña se había equipado. Paradójicamente, las propuestas y experimentos que los votantes demócratas habían endosado, como señas de identidad diferenciadoras del mensaje republicano y conservador, se convertían en un letal bumerán cuando eran recibidos en las praderas del medio oeste, las aldeas del sur de William Faulkner y las ciudades aburridas que no pueden compararse con Nueva York, Boston, Los Ángeles o San Francisco.

Los valores se habían convertido en la coraza de ese 51 % o 52 % que votó a Bush. El resultado de la elección es sencillamente la diferencia entre la consolidación de una ideología que tiene sus raíces hondamente instaladas y otra que no ha conseguido su idóneo perfil. Ante la incertidumbre presentada por el 11S y la perplejidad por casi todo lo que es lejano y distante, los naturales votantes de Bush han sido inexorablemente incrementados por la mayoría silenciosa que apuntaba Nixon. Osama Bin Laden y los avances verdaderamente osados de la agenda demócrata, cuando no lo que se perciben como excesos intolerables de las demandas de las minorías, les iban a proporcionar una voz con resonancias sin complejos.

Por ejemplo, ese bando natural se vio enriquecido por la transfiguración de las "madres del fútbol" en "madres de la seguridad". Las que simultaneaban los trabajos con las actividades extraescolares de sus hijos, ahora se preocupaban por su futuro amenazado por una repetición de la tragedia de las Torres Gemelas. Aunque una mayoría relativa de mujeres votó a Kerry, la preocupación por la seguridad, más psicológica que física, pesó lo suyo. En el corazón del país, ese votante poco ilustrado, aunque no analfabeto ni ignorante, no leía *The New York Times* y todos los grandes rotativos que explícitamente, y en un volumen sin precedentes, apoyaban a Kerry. Sin conocer



apenas las portadas de los libros que tenazmente revelaban las mentiras de la Casa Blanca, esa América profunda se sentía prendada por los valores defendidos por Bush.

La cesta variopinta de las propuestas demócratas chocaba con el credo que decidiría trazar una raya en la arena: aborto, matrimonio homosexual, inmigración incontrolada, abusivos programas sociales, trabas a los negocios, etc. Como argumento incontestable, muchos asentían ser impelidos por las mismas instrucciones divinas que aconsejaron a Bush dejar la bebida. Al final, parecía resonar en los oídos de los atónitos demócratas, la ironía con que hace catorce años las huestes de Clinton le recordaban al padre de W.: “es la ideología, estúpido”.

¿Qué aplicación tiene esto a la relación con Europa y América Latina? Poca para los que se opusieron a Bush y exagerada para los que lo apoyaron. Después de la tradicional tanda europea de telegramas de felicitación al presidente George W. Bush por su reelección, las opciones de los que desconfiaban a ambos lados del Atlántico se redujeron a dos: actuar arriesgadamente o esperar que la otra parte lo haga. Desde Europa, según la expresión de Aznar cuando retó a Castro a la reforma, la actitud más cómoda es que ahora le toca a la nueva Administración de Bush mover ficha. Después de todo, fueron las acciones unilaterales en Iraq las que provocaron la división en el seno de la UE y el divorcio transatlántico.

Aunque las buenas palabras y no pocas recomendaciones de los analistas y algunos líderes, aconsejaban que Europa se debería haber anticipado, en ese momento se previó que la prudencia presidiría el ambiente. A pesar de los reclamos de América Latina y las amables declaraciones de rutina en Washington, la inercia se enseñorearía de las relaciones interamericanas.

En cualquier caso, por activa o por pasiva, como bien dicen en el vecindario de la Casa Blanca y en los aledaños del rancho de Crawford, Texas, en la relación transatlántica se necesitan dos para bailar un tango. En realidad, para sorpresa de los que se contentan con la simplicidad, todo es más complicado de lo que parece, debido a los contrastes entre las diversas acepciones de lo que es la UE y la latente explosividad de diversas regiones de Latinoamérica.

### **3. Impacto en Europa y Latinoamérica**

En primer lugar, en lo que atañe a Europa, Bush II debía decidir si reconocía explícitamente la existencia de una entidad de 25 miembros. En su visita del 21 al 22 de febrero a Bruselas, tuvo una oportunidad dorada, preparada por la anterior de Condoleezza Rice. La UE estaba en plena transformación. Es menos que una federación y mucho más que un Estado. Pero no es, como hizo pensar la actitud de Bush I una ONG elevada a la categoría de ONU de restringido escenario. Desde el 11S, si no antes, la UE no aparece en el radar de los discursos de Bush. No existe como protagonista mundial. Es más, Bush y sus asesores se propusieron su desagregación, eufemismo moderno del histórico divide y vencerás, que tan buenos réditos han dado a numerosos dirigentes desde los césares.

Temeroso de los entramados multilaterales, Bush I prefirió entablar alianzas voluntarias, puntuales e individuales que verse inmiscuido en una telaraña de negociacio-

nes. Agotado el triángulo formado por Varsovia, Londres y Roma (tras el cambio de guardia en Madrid), abandonando su apuesta por la nueva Europa de triste memoria, en pleno desastre de la ocupación militar de Iraq, ahora con sus capacidades económicas y logísticas al límite, Bush II no tenía más remedio que solicitar la ayuda europea. Pero las primeras declaraciones no pasaron de la ambigüedad.

Ahora bien, igual como hubiera sucedido con Kerry (a pesar de las vanas esperanzas sembradas en Europa), la controversia sobre Iraq no es aislada, ya que el desacuerdo profundo entre Estados Unidos y Europa incluye temas tan espinosos como Kioto, el Tribunal Internacional, los subsidios a la industria, la manipulación de alimentos, y naturalmente el desarrollo de una política común de seguridad y defensa en Europa, autónoma de la OTAN, un tema que es la bestia negra de los estrategas de Washington.

Sin embargo, por parte de la UE, se deberá definir la carencia de un liderazgo claro, algo extremadamente difícil cuando los Gobiernos más significativos están mirando más hacia el contexto interior que hacia Bruselas. Es más, hasta que la nueva y corregida Comisión Europea (CE), después del fiasco del nombramiento de Rocco Buttiglione, no se asiente, y a medio plazo no se vislumbre un claro núcleo que tire del pelotón europeo, Bush II se recubrirá de la máscara de Henry Kissinger. Preguntará cuál es el teléfono de Europa. Sin que la Constitución europea sea ratificada, en un largo e incierto proceso que comenzará con un tirón de España y probablemente Francia, el doble papel de Solana (como ministro de Asuntos Exteriores y vicepresidente de la Comisión) seguirá siendo un proyecto.

En cualquier caso, si quiere que los urgentes temas espinosos vean algún progreso y beneficio, Washington deberá reconocer en Europa una verdadera contraparte. Esto quiere decir que los europeos deberán convencer a la Casa Blanca de que no desean ser un contrapeso. No va a ser fácil, ya que el discurso de Chirac es convenientemente traducido por Blair, que ya batió su propia marca (tras el 11 de septiembre) al ser el primer mandatario en presentarse en la Casa Blanca. Las admoniciones de Aznar en su medio favorito, *The Wall Street Journal*, aunque testimoniales, y en sus apariciones en Georgetown, no dejaron de causar confusión y refuerzan la división en las huestes europeas.

Escenarios posibles para la cooperación entre la UE y Estados Unidos no faltan. En los Balcanes, la responsabilidad primordial pasaría a manos de Europa. En Afganistán debiera consolidarse la contribución del Eurocuerpo. En Irán la única fórmula factible es combinar la estrategia norteamericana con la europea. En el explosivo Oriente Medio, tras la desaparición de Yasir Arafat, no había más salida que conservar lo básico del mapa de ruta. Quedaría, naturalmente Iraq, tras los meses duros que llevaron a las elecciones inciertas e incompletas, sin que se supiese la viabilidad de un Gobierno elegido que cuente con el consenso general. En cualquier caso, esa necesaria nueva relación requerirá un mutuo respeto. Nobleza obligada, pero por ambas partes.

Con la atención centrada en Oriente Medio, de reojo mirando hacia Irán y más lejos a Corea del Norte y China (que apostó por Kerry, y que no se sabe cómo se le perdonará), la región que tenía todos los números para pagar los platos rotos (por acción o inacción) es América Latina, con la excepción de los contados países que se consideran incondicionales fieles de Bush. Aunque la inercia presidirá la escena, solamente los que están en la lista negra puede percibir cambios.

Recuérdese que el mandato recibido por Bush es fundamentalmente ideológico, pero en clave estrictamente local. Además de la defensa de los valores de claro perfil conservador, gran parte de los votos que le ha dado al presidente su mayoría popular proceden de unos sectores que se oponen a la inmigración incontrolada, la pérdida de puestos de trabajo derivada del libre comercio, la incomodidad hacia el otro (sobre todo el hispano) y, naturalmente, a la erosión de la sociedad causada por el consumo de drogas ilícitas, procedentes precisamente del sur.

De ahí que solamente los asuntos sobre seguridad acaparasen la atención de la Administración Bush II en el continente. El resultado sería que los escenarios que se perciben como más alejados pueden quedar a la merced del tradicional desdén benigno. De ahí que la alarma por el ascenso de los dirigentes de izquierda y del neopopulismo en el Cono Sur, con la excepción de la moderación de Chile, paradójicamente dirigido por un socialdemócrata, no sirviese para generar nerviosismo perceptible en Washington.

Por un lado, se seguiría observando con curiosidad (y, si es conveniente, ejerciendo una conveniente contención) la evolución del neoindigenismo en los países andinos, mientras la atención se seguiría concentrando en Venezuela y Colombia, por dos razones distintas. Por un lado, la desestabilización del bolivarismo de Chávez no parecía convenir a Wall Street; por otro, había que seguir apuntalando a Uribe en Colombia.

Aunque puede resultar una exageración simplista, Washington observó con distancia, seguro de su superioridad, la América del Sur del Atlántico (Argentina, Uruguay, Brasil, Venezuela), apoyada en nueva dirigencia escorada hacia la izquierda. Mientras, apostaba selectivamente por sus aliados en la ladera del Pacífico.

Con el Caribe y Centroamérica, se dejó que las élites políticas y económicas decidiesen con quién se jugaban su futuro. Pero no contaban con muchas opciones. De no recibir los favores incondicionales de una Europa en transición y siempre celosa de defender sus intereses agrícolas, al gran arco que va de Trinidad a El Salvador no le queda más remedio que apostar por acuerdos parciales con Estados Unidos o dejarse mecer a la deriva del ALCA.

Mientras el sur no decida profundizar su propio proceso de integración, Washington (bajo las presiones interiores en contra y a favor del libre comercio) seguiría la senda del ALCA selectiva, exigiendo concesiones en los sectores que le interesan. Aunque el movimiento estratégico para unir el Mercado Común del Sur (Mercosur) con la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y establecer una unión aduanera común por lo menos muestra un anhelo político, expresado en el proyecto de la Unión Sudamericana, las dificultades internas de las dos partes serían una losa difícil de levantar.

México, con Fox en la cuerda floja, veía cada vez más alejada la utopía de la legalización de los inmigrantes indocumentados en Estados Unidos. Como durante los sesenta años del Partido Revolucionario Institucional (PRI), podía verse reducido a ser garantía de la seguridad fronteriza. La incógnita, paradójicamente, sería la presión de los votos prestados que le había dado un sector mexicoamericano a Bush para ganar las elecciones, un triunfo apuntalado por el grueso conservador que despreciaba a los hispanos.

Y, ¿Cuba? Curiosamente, y a pesar de la aparente tensión, seguiría simplemente bajo el acoso verbal y concreto (remesas y viajes), pero sin extralimitarse. La “caída”

de Castro y su convalecencia, aconsejaron mantener una actitud prudente, ya que una impredecible evolución interna con posibles enfrentamientos no es el mejor de los escenarios para unas fuerzas militares al borde de su capacidad, a un metro de tener que acudir al reclutamiento obligatorio para garantizar un mínimo de éxito en Iraq. Con un escenario mundial complicadísimo, los marines saben que no se les permitiría permanecer impasibles, mirando desde Cayo Hueso a una Cuba en conmoción. Como sucedía a finales del siglo XIX antes del *Maine*, Bush, a pesar de las lógicas presiones del núcleo duro del exilio, podía optar por esperar a que simplemente cayese la fruta madura.

## VI. Conclusión

Puede sonar a tópico, pero el momento que el mundo (Europa y América Latina, especialmente) enfrentaba resultaba especialmente delicado, al tratar con unos Estados Unidos aparentemente listos a confirmar el camino de la inercia intervencionista y unilateralista. Aunque también se dice de todas las épocas, la mencionada coyuntura estaba presidida por un alarmante vacío de liderazgo claro en las tres regiones, incluidos los propios Estados Unidos. La consolidación del mandato concedido a Bush no borraba la evidencia de que los actuales responsables y asesores del presidente no estaban a la altura, estratégicamente y en visión global, de los que diseñaron y ejecutaron la política de Estados Unidos en la guerra fría, comenzando por Kennan y terminando por Kissinger.

A pesar de estas carencias, la ventaja que Europa tenía sobre América Latina y la mayor parte del resto del planeta (con la excepción de Japón y Australia), es que contaba con la reserva de recursos económicos para contribuir a la pacificación y el desarrollo moderados de algunas zonas conflictivas en las que Estados Unidos estaba implicado. De cómo la UE y sus socios más destacados usasen esa capacidad dependía de que la aparente inicial ventaja que poseía Bush quedase por lo menos reconducida en beneficio de ambas partes.

Teniendo en cuenta la máxima tradicional de que Estados no tiene amigos, solamente intereses, el resultado de las elecciones podía convencer a reacios o ambivalentes en la UE de la conveniencia, cuando no la necesidad, de plasmar una definida política exterior y de seguridad común. También la coyuntura podía ayudar a que los votantes oscilantes decidiesen apostar por darle el respaldo a la Constitución europea, marco que codificaría el entramado de seguridad y defensa que ahora existía con hilvanes. Esta misma lógica debería haberse impuesto, pero con inferiores expectativas, en el contexto latinoamericano. Aunque resulta muy difícil acercar posiciones políticas muy alejadas, por lo menos la senda de la coherencia en cuanto a la integración económica y comercial sería casi la única carta a jugar. De fracasar la cohesión europea y seguir a la deriva la latinoamericana, solamente se habría logrado que una invitación abierta a que el mandato interior recibido por Bush se convirtiese en global.

## Bibliografía

- AGUIRRE, Mariano y Phyllis BENNIS (2003): *La ideología neoimperial: la crisis de EE. UU. con Iraq*. Barcelona: Icaria.
- ALBRIGHT, Madeleine et al. (2003): "Joint declaration: renewing the transatlantic partnership", Center for Strategic and International Studies.
- ALONSO ZALDÍVAR, Carlos y Darío VALCÁRCEL (2003): *Una conversación sobre Iraq*, Madrid: Biblioteca Nueva.
- ARENAL MOYÚA, Celestino del (2003): "EE. UU. y la política latinoamericana de España". *Política Exterior*, 93:183-193.
- ARÍSTEGUI, Gustavo de (2003): "Frágiles equilibrios". *Política Exterior*, 93: 95-104.
- ASTIER, Henri (2003): "La maladie française: When trouble comes, first blame the Americans". *The Times Literary Supplement*, 5 206: 3.
- AUST, Stefan et al. (eds.) (2002): *11 de septiembre: historia de un ataque terrorista*, Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- BACEVICH, Andrew J. (2002): *American empire: the realities and consequences of U.S. diplomacy*. Cambridge: Harvard University Press.
- BERGEN, Peter L. (2002): "Picking up the pieces: what we can learn from —and about— 9/11". *Foreign Affairs*, vol. LXXXI, 2: 169-175.
- BOOT, Max(2002): *The savage wars of peace: small wars and the rise of american power*, Nueva York: Basic Books.
- BORGER, Julian (2003, 4 ago): "The unreported cost of war: at least 827 american wounded", *The Guardian*.
- BURGHARDT, Günther: "A transatlantic agenda for 2010". *Transatlantic Internationale Politik*, 2/2000: 31-34.
- BUSH, George W. (2002): "Speech at graduation ceremonies at West Point, 1 June 2002" [en línea en <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/06/20020601-3.html>, citado 27 may 12].
- CAMERON, Fraser (2002): "Utilitarian multilateralism: the implications of 11 September 2001 for US foreign policy". *Politics*, vol. XXII, 2: 68-75.
- CAMPBELL, Kurt M. y Michèle A. FLOURNOY (eds.) (2001): *To prevail: an american strategy for the campaign against terrorism*, Washington: Center for Strategic and International Studies.
- CAMPO URBANO, Salustiano del y Juan M. CAMACHO GRANDE: *Informe INCIPE 2003: la opinión pública española y la política exterior*, Madrid: INCIPE-Fundación Real Instituto Elcano.
- CARTER, Jimmy (2003, 9 mar): "Just war or a just war", *The New York Times*.
- CASTELLS, Manuel y Narcís SERRA (eds.) (2003): *Guerra y paz en el siglo XXI: una perspectiva europea*, Barcelona: Tusquets Editores.
- CHALMERS, Malcolm (2001): "The atlantic burden-sharing debate —widening or fragmenting?". *International Affairs*, vol. LXXVII, 3: 569-585.
- CLARK, Jonathan y Stefan HALPER (2004): *America alone. The neo-conservatives and the global order*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CLINTON, Bill (1999): "A National Security Strategy for a New Century".

- COHEN-TANUGI, Laurent (2003): *An alliance at risk: the United States and Europe since September 11*, Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- DAALDER, Ivo (2001): "Are the United States and Europe heading for divorce?". *International Affairs*, vol. LXXVII, 3: 553-567.
- DEUTCH, John (2005): "A nuclear posture for today". *Foreign Affairs*, vol. LXXXIV, 1: 49-60.
- DOBBINS, James (2005): "Iraq: winning the unwinnable war". *Foreign Affairs*, vol. LXXXIV, 1: 16-25.
- DROZDIK, William (2005): "The north atlantic drift". *Foreign Affairs*, vol. LXXXIV, 1: 88-98.
- DUNN, David H. (2003): "Myths, motivations and 'misundertansdings': the bush administration and Iraq". *International Affairs*, vol. LXXIX, 2: 279-297.
- ELAND, Ivan (2002, 26 nov): "The empire strikes out. The 'new imperialism' and its fatal flaws", *Policy Analysis*, 459.
- ELORDI, Carlos (2003): *El amigo americano*, Madrid: Temas de hoy, 2003.
- FLORES, Mario C. (2002): "Política de defensa republicana". *Política Externa*, vol. XI, 2: 37-49.
- FORMAN, Shepard y Stewart PATRICK (eds.) (2002): *Multilateralism and U.S. foreign policy. Ambivalent engagement*, Boulder-London: Lynne Rienner.
- GARTEN, Jeffrey E. (2005): "Iraq: the logic of disengagement". *Foreign Affairs*, vol. LXXXIV, 1: 37-48.
- GONZÁLEZ MANRIQUE, L. Esteban (2003): "La conquista del mundo del siglo XXI". *Política Exterior*, 91: 167-173.
- HAM, Peter van (2003): "Mejorar la imagen de EE.UU. tras el 11-S: el papel de la diplomacia pública", Fundación Real Instituto Elcano [en línea en [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/imagen+de+espana/ari+85-2003](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/imagen+de+espana/ari+85-2003), citado 27 may 12].
- HENDRICKSON, David C. (2002): "Toward Universal Empire. The Dangerous Quest for Absolute Security". *World Policy Journal*, vol. XIX, 3: 1-10.
- HOFFMAN, Stanley (2001): "Pensées on U.S. Power". *Foreign Policy*, 127: 80-81.
- \_\_\_\_ (2003): "La evolución de Estados Unidos", *Política Exterior*, 94: 70-84.
- HOGUE, James F. y Gideon ROSE (eds.) (2001): *Terrorism and the new war*, Nueva York: Public Affairs.
- HOLBROKE, Richard (2002): "In the Beginning: a Fresh Look at the Early Years of American Empire". *Foreign Affairs*, vol. LXXXII, 6: 148-152.
- HOLLANDER, Paul (1992): *Anti-americanism. Critiques at home and abroad*, Nueva York: Oxford University Press.
- HUNTINGTON, Samuel P. (1993): "The Clash of Civilizations?". *Foreign Affairs*, vol. LXXII, 3: 22-49.
- IKENBERRY, John G. (ed.) (2002): *America unrivaled. The future of balance of power*. Ithaca-Londres: Cornell University Press.
- ISBELL, Paul (1999): "El fin del antiamericanismo". *Leviatán*, 75: 101-122.
- \_\_\_\_ (2001): "Excepcionalidad española y excepcionalismo estadounidense: raíces de desencuentros y encuentros" en Juan E. Cruz Cabrera y Carmen Flys Junquera



- (eds.): *El nuevo horizonte España / Estados Unidos. El legado de 1848 y 1989 frente al nuevo milenio*, Madrid: Universidad de Alcalá. Servicio de Publicaciones.
- KAGAN, Donald (2003): *Sobre las causas de la guerra y la preservación de la paz*, Madrid: Turner-FCE.
- KAGAN, Robert (2003): *Paradise and power: America and Europe in the new world order*. Nueva York: Knopf.
- (2005): "A matter of record. Security, not law, established american legitimacy". *Foreign Affairs*, vol. LXXXV, 1: 170-173.
- KALDOR, Mary (2003): "American power: from 'compellence' to cosmopolitanism?". *International Affairs*, vol. LXXIX, 1: 1-22.
- KENNAN, George (1947): "The sources of soviet conduct". *Foreign Affairs*, vol. XXV, 4.
- KENNEDY, Craig y Marshall M. BOUTON (2002): "The real trans-atlantic gap". *Foreign Policy*, 133: 66-74.
- KIRKPATRICK, Jeane (1979): "Dictatorships and double standards". *Commentary Magazine*, noviembre de 1979: 34-35.
- (1982): *Dictatorships and double standards: rationalism and reason in politics*. Nueva York: Simon and Schuster.
- KISSINGER, Henry (2002): *Does America need a foreign policy?*, Nueva York: Touchstone.
- KUPCHAN, Charles (2002): *The end of the american era: US foreign policy and the geopolitics of the twenty-first century*. Nueva York: Knopf.
- LA VANGUARDIA (2003): "Estados Unidos", dossier 7.
- LAMBERT, Richard (2001): "Misunderstanding each other". *Foreign Affairs*, vol. LXXXII, 2: 62-74.
- LAMO DE ESPINOSA, Emilio (2002): "Ciudadanos de Estados Unidos". *Política Exterior*, número especial: 95-111.
- GADDIS, John L. (2004): *Surprise, security, and american experience*, Cambridge: Harvard University Press.
- (2005): "Grand strategy in the second term". *Foreign Affairs*, vol. LXXXIV, 1: 2-15.
- LIPSET, Seymour M. (1996): *American exceptionalism —a double-edge sword*, Nueva York: Norton.
- LUTTWAK, Edward N. (2005): "Iraq: the logic of disengagement". *Foreign Affairs*, vol. LXXXII, 2: 26-36.
- MALONE, David M. y Yuen FOONG KHONG (eds.) (2003): *Unilateralism and U.S. foreign policy: international perspectives*, Boulder-London: Lynne Rienner.
- MANDELBAUM, Michael (2002): *The ideas that conquered the world*, Nueva York: Public Affairs.
- MARÍN, Manuel (2003): "España y la crisis de Iraq". *Política Exterior*, 93: 105-117.
- MARKOVITS, Andrei S. (1985): *On antiamericanism in west Germany*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- MARTÍN MUÑOZ, Gema (2003): *Iraq: un fracaso de occidente (1920-2003)*, Barcelona: Tusquets Editores.
- MARTINS, Luciano (2002): "A (des)orden mundial, o fenomeno dos terrorismos e as instituições democráticas". *Política Externa*, vol. III: 50-70.
- MEAD, Walter R. (1999-2000): "The jacksonian tradition". *The National Interest*, número de invierno de 1999-2000: 1-25.



- \_\_\_\_ (2001): *Special providence: american foreign policy and how it changed the world*, Nueva York: Twentieth Century Fund.
- \_\_\_\_ (2003): "Why do they hate us? Two books take aim at french anti-americanism". *Foreign Affairs*, vol. LXXXII, 2: 139-142.
- \_\_\_\_ (2004): *Power, terror, peace, and war*, Nueva York: Knopf.
- MEARSHEIMER, John J. y Stephen WALT (2003): "An unnecessary war". *Foreign Policy*, 134.
- MEDINA, Guillermo (2003): "Iraq, la punta del iceberg". *Política Exterior*, 93: 137-152.
- MÉLANDRI, Pierre y Justin VAÏSSE (2001): *L'Empire du milieu: les Etats-Unis et le monde depuis la fin de la guerre froide*, París: Editions Odile Jacob.
- MICKLETHWAIT, John y Adrian WOOLDRIDGE (2004): *The right nation: conservative power in america*, Nueva York: Penguin Press.
- MOÏSI, Dominique (2001): "The real crisis over the Atlantic". *Foreign Affairs*, vol. LXXX, 4: 149-153.
- MORAVSIK, Andrew (2003): "Striking a new transatlantic bargain". *Foreign Affairs*, vol. LXXXII, 4: 7 489.
- MOSS, Ambler (2003): "Las nuevas perspectivas estratégicas de los Estados Unidos en la Administración Bush" en la *inauguración del año académico de la Universidad Central de Chile*, 2 de abril de 2003, Santiago de Chile: Universidad Central de Chile.
- \_\_\_\_ (2005, 16 ene): "Stumped by Bush brand of foreign policy", *The Miami Herald*.
- MUNS, Alexandre (2003): *USA: ¿quo vadis?* Barcelona: Granica.
- NAÍM, Moisés (2003): "The perils of lite anti-americanism". *Foreign Policy*, 136: 94-95.
- NATIONAL COMMISSION ON TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES (2004): *The 9/11 Commission Report*, Nueva York: Norton.
- NAU, Henry (2002): *At home abroad: identity and power in american foreign policy*, Ithaca: Cornell University Press.
- NOYA, Javier (2003a): "¿Antiamericanismo, antihegemonismo o antiunilateralismo?", Fundación Real Instituto Elcano [en línea en [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari+96-2003](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari+96-2003), citado 27 may 12].
- \_\_\_\_ (2003b): "La imagen de Estados Unidos en España. Resultados del Barómetro del Real Instituto Elcano", Fundación Real Instituto Elcano [en línea en [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/imagen+de+espana/dt21-2003](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/imagen+de+espana/dt21-2003), citado 27 may 12].
- NUSSBAUM, Bruce (2003, 24 mar): "The high price of bad diplomacy", *Business Week*.
- NYE, Joseph S. (2002): *The paradox of american power*, Nueva York: Oxford, 2002.
- \_\_\_\_ (2003): "U.S. Power and Strategy after Iraq". *Foreign Affairs*, vol. LXXXII, 4: 60-73.
- ODOM, William E. y Robert DUJARRIC (2004): *America's inadvertent empire*, New Haven: Yale University Press.
- OJEDA EISELEY, Jaime de (2003): "Gulliver en Liliput". *Política Exterior*, 93: 119-136.
- PARDO DE SANTAYANA, José (2003): "Una guerra para cambiar el mundo". *Política Exterior*, 93: 7-20.
- PÉREZ PIÑAR, José A. (2002): *Bienvenido al siglo XXI*, Madrid: FOCA.
- PRESTOWITZ, Clyde (2003): *Rogue nation: american unilateralism and the failure of good intentions*, Nueva York: Basic Books.
- REINARES NESTARES, Fernando (2003): *Terrorismo global*, Madrid: Taurus Ediciones.

- REMIRO BROTONS, Antonio (2003): "La tentación de la agresión", *Política Exterior*, 92: 19-22.
- REVEL, Jean François (2002): *L'obsession anti-américaine*, París: Plon.
- (2003): *La obsesión antiamericana*, Barcelona: Urano.
- RHODES, Edward (2003): "The imperial logic of Bush's liberal agenda". *Survival*, vol. XLV, 1: 131-154.
- RICE, Condoleezza (2000): "Campaign 2000: promoting the national interest". *Foreign Affairs*, vol. LXXIX, 1.
- RODRÍGUEZ, Álvaro (2003): "Estados Unidos: "la ciudad en la cima"". *Política Exterior*, 92: 85-98.
- ROGER, Philippe (2002): *L'ennemi américain: Généalogie de l'antiaméricanisme français*, París: Seuil.
- ROJAS MARCOS, Luis (2002): *Más allá del 11 de septiembre: la superación del trauma*, Madrid: Espasa hoy.
- ROY, Joaquín (2005a, 21 feb): "Rift remains, but Bush trip may improve alliance", *The Miami Herald*.
- (2005b): "Las elecciones de Estados Unidos, bajo la observación y el anhelo del exterior", Fundación Real Instituto Elcano [en línea en [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/eeuu-dialogo+trasatlantico/ari+166-2004](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/eeuu-dialogo+trasatlantico/ari+166-2004), citado 27 may 12].
- RUBIN, Barry (2002): "The real roots of arab anti-americanism". *Foreign Affairs*, vol. LXXXII, 6: 73-85.
- SARDAR, Ziauddin (2003): ¿Por qué la gente odia Estados Unidos?, Barcelona: Gedisa.
- SEGURA, Antoni (2003): *Iraq en la encrucijada*, Barcelona: RBA Libros.
- SICK, Gary (2002): "Imperial Moment". *The World Today*, vol. LVIII, 12: 5-6.
- SLOCOMBE, Walter B. (2003): "Force, pre-emption and legitimacy". *Survival*, vol. XLV, 1: 118-130.
- TAIBO ARIAS, Carlos (2003): *Estados Unidos contra Iraq: la guerra petrolera de Bush en 50 claves*, Madrid: La Esfera de los Libros.
- TALBOTT, Strobe y Nayan CHANDA (eds.) (2001): *The age of terror: America and the world after September 11*, Nueva York: Basic Books.
- THE ECONOMIST (2003, 4 ene): "Anti-Americanism. On the Rise".
- TORTOSA, José María (2003): *La agenda hegemónica: la guerra continua*, Barcelona: Icaria.
- URBANO, Pilar (2003): *Jefe Atta: el secreto de la Casa Blanca*, Barcelona: Plaza & Janés.
- VIDAL, Gore (2002): *Dreaming war. Blood for oil and the Cheney-Bush junta*, Nueva York: Thunder's Mouth Press-Nation Books.
- VOIGT, Karsten: "The labor pains of new atlanticism". *Transatlantic Internationale Politik*, 2/2000: 3-10.
- WEDGWOOD, Ruth (2003, 14 mar): "Legal authority exists for a strike on Iraq", *Financial Times*.
- WOODWARD, Bob (2002): *Bush at war*, Nueva York: Simon and Schuster.

# La presidencia imperial

DAVID C. HALL

Escritor y traductor

Colaborador del grupo de investigación sobre  
Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial  
Universidad del Lleida

*there is no longer any doubt as to whether the current administration has committed war crimes. The only question that remains to be answered is whether those who ordered the use of torture will be held to account.*<sup>1</sup>  
(General Antonio M. Taguba, 2008)<sup>2</sup>.

SUMARIO: I. El nuevo paradigma. II. “Vamos a intentar controlar el ámbito informativo”. III. Las fotos de Abu Ghraib. IV. Memorándums de tortura. V. Golpe de Estado. VI. El informe del Consejo de Europa. VII. “La Constitución se derrumba”. VIII. Los abogados de la tortura. IX. La zona gris. X. “Sería erróneo descartar la posibilidad de una condena en una causa penal”.

---

<sup>1</sup> “No existe la menor duda de que la actual Administración ha cometido crímenes de guerra. La única cuestión que queda por resolver es si aquellos que ordenaron las torturas serán procesados algún día por ello.”

<sup>2</sup> Antonio M. Taguba (2008): *Broken laws, broken lives: medical evidence of torture by us personnel and its impact*, Cambridge: Physicians for Human Rights.

## I. El nuevo paradigma

Inmediatamente después del 11 de septiembre de 2001, los más altos cargos de la Administración Bush se apresuraron a elaborar una doctrina basada en la idea de que “la guerra contra el terrorismo es un nuevo tipo de guerra”<sup>3</sup>. Según esta doctrina del nuevo paradigma, el poder del presidente de Estados Unidos, en su calidad de comandante en jefe, no debería estar sujeto a ninguna limitación o control, mientras las garantías legales para el trato de combatientes enemigos previstas por el Derecho Internacional, en general, y las Convenciones de Ginebra, en particular, ya no deberían ser considerados vigentes en el contexto de la global guerra contra el Terror.

El nuevo paradigma representa una ruptura radical con la lectura tradicional de la Constitución de Estados Unidos, que se asienta en el equilibrio entre los tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. También supone una ruptura con el escrupuloso respeto que ha observado históricamente el Gobierno de Estados Unidos para con las Convenciones de Ginebra. De hecho, constituye un golpe de Estado por parte del Ejecutivo. Un golpe de Estado que fue perpetrado gracias al ambiente de histeria y falso patriotismo de los meses siguientes al 11 de septiembre, hábilmente aprovechado por Bush y su equipo, y que no encontraría apenas oposición ni en los otros dos poderes (el legislativo y judicial), ni en la prensa, ni en la mayoría de ciudadanos.

El nuevo paradigma, con su subtexto de que todo vale en la guerra contra el Terror, nos lleva inexorablemente y de una manera totalmente predecible para cualquiera que haya leído historia, a las detenciones indiscriminadas, a la privación de libertad por tiempo indefinido, a la denegación del derecho de tener un juicio justo, a la abolición del hábeas corpus, al secuestro, a la tortura y al asesinato.

La responsabilidad de estos crímenes —y no debe haber duda alguna de que se trata de crímenes— es, en primer lugar, del Gobierno de George W. Bush. Pero, en segundo lugar, la falta de reflejos democráticos (o tal vez de convicciones auténticamente democráticas) de la oposición política, los jueces, las fuerzas armadas, las agencias gubernamentales, los medios de comunicación y la propia ciudadanía nos ha acabado convirtiendo a todos en cómplices. Según los informes del Consejo de Europa (COE)<sup>4</sup>, más de un Gobierno europeo también ha colaborado en secuestros y en el transporte de personas secuestradas, así como facilitado instalaciones para su uso como cárceles secretas.

Los efectos de este golpe de estado son todavía incalculables. Es evidente que la impunidad frente al abuso de poder ha sentado un precedente peligroso. Aún más preocupante, quizá, es la pasividad con que la sociedad en su conjunto, en Estados Unidos pero también en el resto de países, ha aceptado que, en nombre de la seguridad, se suspendan o anulen los derechos y protecciones fundamentales que el Estado de derecho prevé para todas las personas. No hay duda de que hoy en día el secreto de las comunicaciones (correspondencia, mensajes de correo electrónico, etc.) se vulnera a diario supuestamente

---

<sup>3</sup> Alberto R. Gonzales (2005): “Memorandum for the president. Decision re application of the Geneva convention on prisoners of war to the conflict with Al Qaeda and the taliban”, en Karen J. Greenberg y Joshua L. Dratel (eds.): *The torture papers*, Nueva York: Cambridge University Press.

<sup>4</sup> COE (2007): “Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report”, Memorandum explicatorio, 7 de junio de 2007.

en aras de una seguridad mayor del Estado, como no hay duda tampoco de que estamos más desprotegidos ante una eventual detención arbitraria que hace diez años; pero al parecer hemos asumido estos inconvenientes, o porque estamos convencidos de que son necesarios para protegernos contra el terrorismo, o porque ingenuamente creemos que no nos afectarán porque no nos llamamos Mahmoud o Hamid.

Como señalaba Elaine Cassel en su libro *La guerra de las libertades civiles*: “Cuando un juez federal tras otro otorgan victoria tras victoria a la Administración, autorizando detenciones sin cargos, acusaciones sin juicios, juicios sin abogados y juicios con pruebas secretas, se acaba con el principio del control al ejecutivo. A todas luces se ha puesto fin a la separación de los tres poderes independientes de nuestro sistema constitucional. Hay un único poder gubernamental: el omnipotente presidente”<sup>5</sup>.

En una entrevista concedida poco antes de su muerte el año pasado, el escritor Norman Mailer reflexionaba sobre la tendencia autocomplaciente en Occidente de creer que la democracia es algo natural, inevitable, cuando, según él, es más probable que lo natural sea alguna forma de fascismo. La democracia, recordaba Mailer, es mucho más frágil de lo que pensamos. No es, necesariamente, el final inevitable de nuestra evolución, sino tal vez tan solo un breve paréntesis en la larga historia de nuestra especie.

En enero de 2007 Dahlia Lithwick escribía en *The Washington Post*:

Hubo un tiempo en el que creí que la explicación residía en la ceguera presidencial, una miopía extrema por parte del Ejecutivo que llevaba a creer al jefe de Estado que estas medidas fútiles eran imprescindibles para combatir el terrorismo [...].

Pero al final ha quedado claro que el objetivo de estos esfuerzos no fue ganar la guerra contra el Terrorismo. De hecho, nada de Padilla, la bahía de Guantánamo [...] acerca al país ni una pulgada a la erradicación del terrorismo. El objetivo es más ambicioso: simplemente ampliar el poder ejecutivo<sup>6</sup>.

El artículo se titula “La presidencia imperial”, una referencia al Imperio romano, que terminó con la república sin jamás anunciar su fin, y no suprimió sus instituciones sino que las convirtió en irrelevantes.

## II. ‘Vamos a intentar controlar el ámbito informativo’

Si los militares y políticos norteamericanos aprendieron algo en Vietnam fue el poder de las imágenes como, por ejemplo, la foto de una niña vietnamita huyendo desnuda y gritando en medio de una carretera con una inmensa nube de napalm al fondo. Este tipo de imágenes que convirtió un conflicto abstracto y lejano en algo real y cercano.

---

<sup>5</sup> Elaine Cassel (2004): *The war on civil liberties*, Chicago: Lawrence Hill Books, Chicago: 162.

<sup>6</sup> Dahlia Lithwick (2007, 14 ene): “The Imperial Presidency”, *The Washington Post*.

Durante la guerra del Golfo de 1991 y luego las de Afganistán e Iraq, no iban a permitirse imágenes como aquella. Ni mucho menos hileras de ataúdes cubiertos con la bandera americana. Iba a haber un control férreo de la noticia, sobre todo de la noticia visual.

El Ejército y la Administración Bush contaron en su empeño con el apoyo casi total de los medios de comunicación, los mismos medios que, con contadas excepciones, les había ayudado a vender a la opinión pública norteamericana sus patrañas sobre las armas de destrucción masiva y la mítica conexión entre Iraq y Al Qaeda<sup>7</sup>.

Y así nació la figura del periodista empotrado (*embedded*) que un portavoz del Ejército, el marine teniente coronel Rick Long, explicaría con suma claridad: “Francamente, nuestro trabajo consiste en ganar la guerra. Parte de ello es la guerra de la información. Así que vamos a intentar controlar el ámbito informativo”<sup>8</sup>.

Cuando Amy Goodman, del programa *Democracy now!*, preguntó a Aaron Brown, locutor de la CNN durante la guerra de Iraq, por qué no aparecían imágenes de heridos en los medios de comunicación estadounidenses, Brown respondió: “son imágenes muy difíciles de obtener”. Goodman le recordó entonces que la CNN no había tenido objeción en utilizar imágenes de la cadena Al-Yazira para mostrar los “fuegos artificiales” de los bombardeos sobre Bagdad y le interpeló a responder de nuevo a por qué no habían, sin embargo, mostrado imágenes de heridos. “Son de mal gusto” fue cuanto repulso Brown.

“Nuestro trabajo consiste en ganar la guerra. Parte de ello es la guerra de la información.” Algo que no debemos olvidar cuando nos preguntemos cómo es que el Hotel Palestina —y por tanto, José Couso— se convirtieron en objetivos militares.

### III. Las fotos de Abu Ghraib

En la era de la imagen, las imágenes no son, al final, tan controlables. De la manera más inesperada, la verdadera cara de la aventura americana en Iraq terminó saliendo a la luz a través de las fotos de Abu Ghraib.

Lo primero que llama la atención en las fotos de Abu Ghraib es su obscenidad. En la mayoría de las imágenes, los prisioneros están desnudos, esposados, con capuchas negras tapándoles las cabezas. En algunas se ve cómo se les ha obligado a apilarse unos encima de otros. En una de ellas, un prisionero, también desnudo, esposado a los barrotes de una celda, lleva la cara cubierta con unas bragas de mujer. Lo que resulta

---

<sup>7</sup> El 25 de abril de 2007, el veterano periodista Bill Moyers presentó en PBS televisión un documental de 90 minutos con el título *Buying the War* que ilustró, con todo lujo de detalles, cómo los medios se hicieron eco de las mentiras más delirantes de la Administración, y no solamente los medios afines a los conservadores, sino también periódicos del prestigio de *The New York Times*, en el que el trabajo de multitud de periodistas expertos en Oriente Medio y escépticos con las afirmaciones del Gobierno, fue relegado a las páginas interiores mientras la propaganda del Gobierno salía en primer página. Moyers señaló que los medios de comunicación norteamericanos no habían reconocido hasta la fecha su responsabilidad en la campaña de desinformación que llevó a su país al conflicto.

<sup>8</sup> Jeffery Kahn (2004, 18 mar): “Postmortem: Iraq war media coverage dazzled but it also obscured”, UC Berkeley News.

obsceno aquí es el desprecio a la dignidad humana, junto a la constatación de que los soldados estadounidenses que aparecen en las fotos se están divirtiendo con ello.

En noviembre de 2003, el soldado de la Policía Militar de Estados Unidos, Joseph M. Darby, obtuvo dos CD que contenían cientos de fotografías en las que se mostraba a policías militares abusando de los prisioneros en la prisión de Abu Ghraib. El que le entregó las fotos fue Charles A. Graner Jr., que aparece en algunas de ellas. Al hacer entrega de las fotos, Graner no mostró ni sentirse avergonzado de lo que recogían las imágenes, ni tampoco concebir que pudiesen terminar procesándose. Finalmente, terminó siendo condenado a diez años en una prisión militar.

Darby entregó los CD a la Jefatura de Investigación Criminal del Ejército en enero de 2004. Las investigaciones de la mencionada jefatura conducirían al enjuiciamiento de siete de los soldados asignados a la prisión Abu Ghraib. Las fotografías habían sido filtradas, probablemente por uno de los policías militares acusados, al programa de televisión de la CBS *Sixty minutes* a mediados de abril de 2004.

En el mismo mes de enero de 2004, el general de División, Antonio Taguba, fue nombrado para investigar la Brigada DCCC de la Policía Militar de Estados Unidos, la unidad encargada de la prisión de Abu Ghraib. Tras una extensa investigación, en la que se incluían entrevistas con prisioneros iraquíes, guardianes de la prisión y otras personas involucradas, Taguba presentó un informe a sus superiores a principios de marzo. Así, concluyó que “entre octubre y diciembre de 2003, [...], hubo numerosos incidentes de malos tratos sádicos, flagrantes e injustificadamente criminales infligidos a diversos detenidos. El maltrato sistemático e ilegal de los detenidos fue perpetrado intencionadamente por varios miembros de las fuerzas de guardia de la Policía Militar”<sup>9</sup>.

Asimismo, en la relación de hechos Taguba afirma lo siguiente:

Constato que el abuso intencionado de los detenidos a manos del personal de la Policía Militar incluyó los siguientes actos:

- a) puñetazos, bofetadas y patadas a los detenidos; haciéndoles saltar sobre los pies descalzos;
- b) grabación en vídeo y fotografías de reclusos desnudos, varones y hembras;
- c) obligar por la fuerza a varios detenidos a adoptar posturas sexualmente explícitas para fotografiarles;
- d) obligar a los detenidos a despojarse de sus ropas, manteniéndolos desnudos durante varios días seguidos;
- e) obligar a prisioneros varones desnudos a vestir ropa interior de mujer;
- f) obligar a grupos de prisioneros varones a masturbarse mientras les sacaban fotos y les grababan en vídeo;
- g) colocar a prisioneros varones desnudos en un montón y saltar sobre ellos;
- h) situar a un prisionero desnudo en una caja MRE, con un saco de arena en la cabeza y sujetando cables en sus dedos de las manos y los pies y el pene para simular una tortura eléctrica;
- i) escribir “Soy un violador” en la pierna de un prisionero del que se afirmaba que había violado a otro prisionero de 15 años y después retratarlo desnudo;

---

<sup>9</sup> Antonio M. Taguba (2004, 12 mar): “Informe del general Antonio Taguba sobre malos tratos a prisioneros iraquíes”, traducción al castellano publicada en *El País*.



- j) colocar una cadena o correa de perro alrededor del cuello de un detenido y hacer que una soldado posase para la fotografía;
- k) un guardia de la Policía Militar teniendo relaciones sexuales con una prisionera;
- l) utilizar perros de trabajo del Ejército (sin bozal) para intimidar y aterrorizar a los prisioneros y, por lo menos en una ocasión, morder y herir gravemente a un detenido;
- m) tomar fotografías de detenidos iraquíes muertos.

Otras descripciones que se consideraron verosímiles incluían:

- a) romper bombillas químicas y derramar el líquido fosfórico sobre los prisioneros;
- b) amenazar a los detenidos con una pistola de 9 mm cargada;
- c) derramar agua fría sobre los detenidos desnudos;
- d) pegar a los detenidos con un mango de escoba y una silla;
- e) amenazar a los detenidos varones con la violación;
- f) permitir que un guardia de la Policía Militar cosiera la herida de un prisionero tras haber sido estrellado contra la pared de su celda;
- g) sodomizar a un prisionero con una bombilla y quizá con el palo de una escoba.

El informe de Taguba señaló también que los interrogadores de la Inteligencia Militar y de las otras agencias gubernamentales —en otras palabras, la CIA— “solicitaron activamente a los guardias de la PM que propiciaran condiciones mentales y físicas para interrogar favorablemente a los testigos”. Decían: “aflójanos a este” o “asegúrate de que pasa una mala noche”.

Aunque la investigación de Taguba se restringió a la Brigada DCCC de la Policía Militar, este recomendó sanciones y otras medidas disciplinarias para los oficiales de la Inteligencia Militar, así como para dos civiles de compañías de seguridad privada que trabajaban para CACI International<sup>10</sup>.

El informe no fue bien recibido por los superiores y compañeros de Taguba. “Son solo iraquíes”, le llegaron a decir. Las fotos de Abu Ghraib circulaban por los rotativos del mundo entero y el informe ya se había filtrado, cuando Taguba se entrevistó con secretario de Defensa Donald Rumsfeld en mayo de 2004. Rumsfeld pareció, en todo momento, más preocupado por cómo se había filtrado el informe que por su contenido. Al día siguiente Rumsfeld declaró bajo juramento, delante los comités de servicios armados del Senado y del Congreso que cuando salieron los reportajes en la prensa, el informe Taguba aún no había llegado al Pentágono y que él no había visto las fotos “hasta anoche a las siete y media”.

Taguba sabía que tan solo unos días después de que empezara la investigación en enero, el ayudante del jefe militar de Rumsfeld había empezado a recibir mensajes de correo electrónico de la Jefatura de Investigación Criminal del Ejército que describían las fotos con detalle. Él mismo había presentado una docena de copias de su informe, a través de los canales apropiados, al Pentágono y había pasado semanas hablando

---

<sup>10</sup> Para una análisis del papel de contratistas en Iraq y el resto del mundo, cfr. Jeremy Scahill (2008): *Blackwater. El auge del ejército mercenario más poderoso del mundo*, Barcelona: Paidós. El 17 de diciembre de 2007 el CCR, en representación de 256 ciudadanos de Iraq que habían sido encarcelados en Abu Ghraib y otros lugares, presentó una demanda contra CACI International por torturas.

con oficiales de alto rango sobre su informe. Mentían, tanto Rumsfeld como los altos mandos militares que le acompañaron.

Poco después que se hubiese hecho público el informe, el general John Abizaid, jefe del Comando Central en Iraq, dijo a Taguba en privado: “tu informe y tú seréis investigados”.

“Para entonces llevaba en el Ejército veinte dos años” dijo Taguba años más tarde, “era la primera vez que pensaba que estaba en la mafia”<sup>11</sup>.

Oficiales del CICR visitaron Abu Ghraib en octubre de 2003, es decir, en el momento en que los abusos descritos en el informe de Taguba tuvieron lugar. Lo que la Cruz Roja observó allí, junto con lo que había averiguado acerca del trato a los prisioneros de guerra y otros detenidos en Iraq, aparecería, más tarde, en un escrito fechado en febrero de 2004. Este informe, como es práctica habitual de la Cruz Roja, no fue elaborado para hacerse público, sino para ser entregado a las autoridades del país responsable, en este caso Estados Unidos. Así, “el CICR recuerda a las altas partes contratantes en cuestión, normalmente de una forma confidencial, sus obligaciones humanitarias bajo todas las Convenciones de Ginebra”.<sup>12</sup> Este informe, no obstante, se filtró a *The Wall Street Journal* en mayo de 2004.

En el texto se describe cómo las fuerzas de ocupación en Iraq llevaban a cabo los arrestos:

Las autoridades que efectuaban la detención normalmente entraban en las casas de noche, reventando las puertas de entrada, despertando a los que allí vivían, profiriendo órdenes, obligando a los miembros de familia a entrar en una habitación bajo la vigilancia de un militar mientras registraban las demás dependencias de la casa y rompiendo más puertas, armarios y otros bienes. Detenían a los sospechosos, atándoles las manos en la espalda con esposas de plásticos, cubriéndoles la cabeza con capuchas y llevándoselos. A veces detenían a todos los hombres adultos presentes en la casa, hasta a los ancianos, discapacitados y enfermos... sacando a la gente a empujones, insultándoles, apuntándoles con rifles, pegándoles, propinándoles patadas y golpeando con los rifles.

[...] pocas veces informaban al detenido o su familia de dónde les iban a llevar o por cuánto tiempo, lo cual resultaba en la “desaparición” del detenido durante semanas o incluso meses [...].

A esta descripción, que recuerda las de las tropas francesas en Argelia y la de las tropas norteamericanas en Vietnam, por no hablar de las de Chile y Argentina hace un cuarto de siglo, le sigue, un poco más adelante, una observación asombrosa: “Algunos oficiales de la Inteligencia Militar de las fuerzas de la coalición informaron al CICR que según sus estimaciones entre el 70 % y el 90 % de las personas privadas de su libertad en Iraq habían sido detenidos por error”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Seymour M. Hersh (2007): “The general’s report”. *The New Yorker*, 25 de junio de 2007.

<sup>12</sup> CICR (2005): “Treatment by the coalition forces of prisoners of war and other protected persons by the Geneva Conventions in Iraq during arrest, internment and interrogation” en Karen J. Greenberg y Joshua L. Dratel (eds.): *The torture papers*, Nueva York: Cambridge University Press. También se publicó en Mark Daner (ed.) (2004): *Torture and truth*, Nueva York: New York Review of Books.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

El informe del CICR coincide con el informe Taguba en cuanto a los tipos de abuso infligidos en Abu Ghraib citando las palizas, el uso de capuchas, los prisioneros desnudos, los esposados durante horas y los obligados a ponerse lencería femenina. Aunque el informe está fechado en febrero de 2004, se había presentado una versión anterior al mando del Ejército de Estados Unidos en Iraq en noviembre de 2003. Posteriormente, en mayo del año siguiente, tres de los oficiales de más alto rango de las fuerzas armadas de Estados Unidos explicaron al Comité de Servicios Armados del Senado, con toda la desfachatez del mundo, que no se había hecho caso al informe porque “se había perdido en la burocracia del Ejército”.

Un oficial de alto rango aclaraba, sin embargo, a *The New York Times*, que lejos de perderse en la burocracia, el Ejército estuvo lo suficientemente preocupado por el contenido del informe como para que intentase evitar que la Cruz Roja hiciese “inspecciones imprevistas de la prisión” y argumentase, en una carta del 24 de diciembre firmada por la general Janis Karpinski, comandante en Abu Ghraib, que el aislamiento de representantes de la Cruz Roja respeto a algunos prisioneros obedecía a una “necesidad militar”<sup>14</sup>.

#### IV. Memorándums de tortura

El 22 de junio de 2004, poco después de estallar el escándalo de Abu Ghraib, la Casa Blanca levantó el secreto de 14 documentos oficiales procedentes de la propia Casa Blanca, del Pentágono y del Departamento de Justicia que se referían a la política del Gobierno sobre las técnicas de interrogatorios. Algunos de estos documentos ya se habían filtrado a la prensa. Con el tiempo, otros documentos saldrían a la luz, aunque algunos todavía siguen clasificados como secretos.

En su introducción a *The torture papers* Joshua L. Dratel<sup>15</sup> escribió:

Las políticas que condujeron al abuso flagrante a detenidos, primero en Afganistán, luego en Guantánamo y mas tarde en Iraq, fueron el producto de tres propósitos perniciosos concebidos para facilitar el arresto, interrogatorio, abuso, juicio y castigo, unilateral y sin restricciones de los prisioneros: (1) el deseo de poner a las personas detenidas fuera del alcance de cualquier tribunal; (2) el deseo de anular la Convención de Ginebra respecto al trato de personas capturadas en el contexto de conflictos armados y (3) el deseo de absolver a los que lleven a cabo esas políticas de cualquier responsabilidad frente al derecho estadounidense e internacional.

Varios de estos documentos son valoraciones de la Oficina de Asesoría Legal del Departamento de Justicia. Esta oficina funciona como el asesor legal del presidente y su misión es interpretar todas las leyes que afecten los poderes del Ejecutivo. La oficina puede, por supuesto, dar una negativa al presidente cuando considere que alguna iniciativa presidencial pudiera estar en contra de la ley. Cuando le da el visto bueno, según

---

<sup>14</sup> Mark Danner (ed.) (2004a): *Torture and truth*, Nueva York: New York Review of Books: 216.

<sup>15</sup> Joshua L. Dratel es presidente de la Asociación de Abogados Defensores Penalistas del estado de Nueva York y fue abogado de David Hicks, un australiano que pasó cinco años encerrado en Guantánamo.

Jack Goldsmith, que fuera jefe de la oficina durante nueve meses entre 2003 y 2004, sus opiniones equivalen a “un indulto anticipado” para acciones que se sitúen en los márgenes borrosos del derecho criminal<sup>16</sup>. Por ejemplo, cuando el director de la CIA reconoció por primera vez en febrero de 2008 que la agencia había utilizado simulacros de ahogamiento (*waterboarding*), entre 2002 y 2003 cuando interrogó a supuestos miembros de Al Qaeda, el fiscal general del Estado Michael Mukasey, se negó a instar una investigación criminal contra los agentes o contra sus superiores, alegando que no podían ser procesados por hacer algo que el Departamento de Justicia les había dicho era legal<sup>17</sup>.

Antes de que él tomara el mando, dice Goldsmith, las decisiones sobre la legalidad de las políticas de actuación en la guerra contra el Terror no las tomaron los integrantes de la Oficina de Asesoría Legal del Departamento de Justicia, sino los de una especie de consejo de guerra compuesto por el abogado de la Casa Blanca —y más tarde fiscal general del Estado— Alberto Gonzales, el abogado del vicepresidente Dick Cheney, David Addington, William J. Haynes, el consejero legal del Departamento de Defensa y John Yoo, el único que realmente trabajaba en dicha oficina<sup>18</sup>.

Los memorándums que salieron a la luz en junio de 2004 tratan de tres cuestiones íntimamente relacionadas entre sí: en primer lugar, si las Convenciones de Ginebra son de aplicación a combatientes pertenecientes a Al Qaeda o a los talibanes capturados en el campo de batalla; en segundo lugar, se efectúa la definición legal de la tortura; en tercer lugar, el alcance del poder del presidente de Estados Unidos como comandante en jefe de las fuerzas armadas en tiempo de guerra.

Los abogados del presidente tardaron muy poco en decidir que las Convenciones de Ginebra no amparan ni a Al Qaeda ni a los talibanes. El 25 de enero de 2002, dos semanas después de la llegada de los primeros prisioneros a Guantánamo —en un vuelo que, como ahora sabemos, partió de **Morón de la Frontera (Sevilla)**<sup>19</sup>— Alberto Gonzales escribió en un memorándum al presidente: “Como usted ha dicho, la guerra contra el terrorismo es un nuevo tipo de guerra [...] a mi juicio este nuevo paradigma hace que las rígidas limitaciones de Ginebra sobre la interrogación de prisioneros enemigos queden obsoletas”<sup>20</sup>.

La Casa Blanca adoptó esta posición de una manera oficial el 7 de febrero de 2002 en un memorándum titulado, se supone que sin ironía alguna, “Tratamiento humanitario de prisioneros de Al Qaeda y los talibán”<sup>21</sup>.

A grandes rasgos, según los abogados del presidente, Ginebra no ampara a los combatientes de Al Qaeda porque no son parte de un Estado y, por tanto, no pueden reclamar derechos bajo un tratado que obliga a ello solamente a los Estados. Ginebra sí era

---

<sup>16</sup> Jeffrey Rosen (2007, 9 sept): “The conscience of a conservative”. *The New York Times*.

<sup>17</sup> Dan Eggen (2008, 8 feb): “Justice Department “cannot” probe waterboarding, Mukasey says”. *The Washington Post*.

<sup>18</sup> *Op. cit.* Rosen, 2007.

<sup>19</sup> Ana Carbajosa y Miguel González (2007, 27 nov): “Los primeros 23 presos que llegaron a Guantánamo salieron de Morón”. *El País*.

<sup>20</sup> *Doc. cit.* Alberto R. Gonzales, 2005.

<sup>21</sup> La Casa Blanca (2002): “Humane treatment of Al Qaeda and Taliban detainees”, memorándum, 7 de febrero de 2002.

aplicable a los talibanes pero, sin embargo, los combatientes de estos no serían considerados prisioneros de guerra porque no llevaban ni uniformes ni insignias y, en consecuencia, no podían acogerse al artículo 3 común a las convenciones, dado que este se aplica únicamente en “conflictos armados que no sean de carácter internacional”<sup>22</sup>. De ahí que “al llegar a esta conclusión”, Philippe Sands escribió en la revista *Vanity Fair*, “la Administración Bush simplemente dejó atrás todos los precedentes legales y consuetudinarios que ven en el artículo 3 común, una carta de derechos mínimos para todos”<sup>23</sup>.

En cuanto a la definición de tortura que se propone en el informe del 1 de agosto de 2002 redactado por Jay S. Bybee y John Woo, con la ayuda de David Addington, y conocido como *Torture memo*, es ahora bien conocida: “para constituir tortura el dolor físico tiene que ser el equivalente en intensidad al dolor que acompaña un daño físico grave, tal como el daño irreversible por fallo en un órgano vital, fallos en las funciones vitales o incluso la muerte. Para que un dolor y sufrimiento estrictamente mental llegue a ser considerado tortura bajo la sección 2430 tiene que provocar un daño psicológico importante y prolongado en el tiempo, p.ej. que dure meses o incluso años”<sup>24</sup>.

La opinión expuesta con anterioridad se refiere exclusivamente a “las técnicas de interrogatorio fuera de los Estados Unidos”. Las secciones 2430 y 2430A del Código de Estados Unidos incorporan la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la legislación norteamericana. El informe también argumenta que, ya que la sección 2340 exige que el acusado de perpetrar torturas y malos tratos “actúe con la intención inequívoca de infligir dolor extremo, y que el infligir dolor extremo, y no otro, sea el objetivo”<sup>25</sup>.

Harold Kohl, catedrático de Derecho Internacional y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, declaró ante el Comité Judicial del Senado que era el dictamen legal más erróneo que jamás había leído. Anthony Lewis de *The New York Times* comparó el análisis al “consejo de un abogado de gánsteres a un jefe de la mafia sobre cómo quebrantar la ley y evitar ser encarcelado”<sup>26</sup>.

Un memorándum del año 2003, de unas 81 páginas, firmado por John C. Yoo y del que se levantó el secreto a principios del mes de abril de 2008, reitera estas posiciones al tiempo que añade, pormenorizadamente, otras como la práctica de mutilaciones, el tirar “agua hirviendo, ácidos corrosivos o sustancias cáusticas” sobre prisioneros o el administrarles drogas para alterar su estado mental. En dicho informe se destaca lo siguiente acerca de las torturas: primero, para constituir delito, el acusado tendría que tener un ánimo específico (por ejemplo, teniendo la intención de mutilar); segundo, se ajustaría a derecho defenderse en base al derecho de la nación a defenderse; tercero, quedaría en última instancia sujeto a la autoridad primordial del presidente como comandante en jefe.

---

<sup>22</sup> Jay S. Bybee (2002): “Memorandum for Alberto Gonzales. Re: application of treaties and laws to Al Qaeda and Taliban detainees”, 22 de enero de 2002.

<sup>23</sup> Philippe Sands (2008): “The Green Light”. *Vanity Fair*, mayo de 2008.

<sup>24</sup> Jay S. Bybee y John Woo (2002): “Memorandum for Alberto Gonzales. Re: standards of conduct for interrogation under 18 U.S.C. 2340-2340A”, 1 de agosto de 2002.

<sup>25</sup> *Ibidem*

<sup>26</sup> Milan Markovic (2007): “Can lawyers be war criminals?”. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. xx, 347.

Además, el memorándum afirma que “nuestra oficina ha dejado claro su acuerdo con estos casos vistos por el Tribunal Supremo que el presidente puede, unilateralmente, ordenar la violación del Derecho Internacional consuetudinario”<sup>27</sup>.

Volviendo al memorándum del 1 de agosto de 2002, este también tenía mucho que decir acerca del alcance de la autoridad del presidente como comandante en jefe:

Entendemos que en las circunstancias de la guerra en curso contra Al Qaeda y sus aliados, el enjuiciamiento bajo sección 2430A podría prohibirse porque la aplicación de la ley supondría una vulneración inconstitucional de la autoridad del presidente de dirigir la guerra.

Incluso si un método de interrogación pudiera decirse que supusiera una violación de sección 2340A, la ley sería inconstitucional si usurpara de manera no permitida los poderes constitucionales del presidente para dirigir una campaña militar.

[...] tanto los tribunales como fiscales deben rechazar los juicios que apliquen las leyes federales a actividades que sean autorizadas en cumplimiento de los poderes constitucionales del Presidente.

[...]

El Congreso no puede interferir con la manera en que el Presidente lleve a cabo el interrogatorio de combatientes enemigos, de la misma forma que no puede dictar decisiones estratégicas o tácticas en el campo de batalla.

Seis meses antes John C. Yoo ya había afirmado tajantemente que “el Derecho Internacional consuetudinario, cualquiera que fuera su origen o contenido, no obliga al presidente ni limita las acciones de las fuerzas armadas de Estados Unidos”<sup>28</sup>.

En otras palabras, en tiempo de guerra, el poder del presidente es ilimitado e inquestionable. Él, y por consiguiente los que ejecuten sus órdenes, están por encima de las leyes.

Y ya que el 20 de septiembre de 2001, Bush había proclamado que “nuestra guerra contra el terror comienza con Al Qaeda, pero no concluye allí. No concluirá hasta que todos los grupos terroristas de alcance global hayan sido encontrados, detenidos y vencidos”<sup>29</sup>, el conflicto global contra el terror, podía perpetuarse indefinidamente; y con él, los poderes ilimitados del presidente en situaciones de guerra.

## V. Golpe de Estado

Los memorándums preparados por la Oficina de Asesoría Legal del Departamento de Justicia fueron elaborados, en el más rancio estilo de abogado de la mafia, para proporcionar cobertura legal a una política que ya se había empezado a plasmar el 13

---

<sup>27</sup> John C. Yoo (2003): “Memorandum for William J. Haynes II. Re: military interrogation of alien unlawful combatants held outside the United States”, 14 de marzo de 2003: 74.

<sup>28</sup> John C. Yoo (2002): “Memorandum for William J. Haynes II. Re: application of treaties and laws to Al Qaeda and Taliban detainees”, borrador del memorándum, 9 de enero de 2002.

<sup>29</sup> George W. Bush (2001): “Discurso ante una sesión conjunta del Congreso y el pueblo estadounidense”, 20 de septiembre de 2001.

de noviembre de 2001 en la Orden militar sobre la detención, tratamiento y juicio de ciertos no ciudadanos en la guerra contra el Terrorismo. Este escrito, que salió directamente de la Casa Blanca, establece que “es necesario que los individuos sujetos a esta orden [...] sean detenidos y, cuando sean enjuiciados, que sean enjuiciados [...] por tribunales militares”.

“Los individuos sujetos a esta orden” significa en la práctica cualquier persona que no sea ciudadano de Estados Unidos y para el que el presidente decida que hay motivos para creer que “1) sea o haya sido miembro de la organización conocido como Al Qaeda; 2) haya participado en, ayudado, apoyado o conspirado para cometer actos de terrorismo internacional o actos en preparación a ellos, [...]; o 3) haya dado refugio, a sabiendas, a uno o más individuos descritos en los párrafos 1) o 2) [...]”<sup>30</sup>.

La orden también considera que:

no es factible en la práctica aplicar en una comisión militar bajo esta orden los principios de derecho o las normas que rigen la admisibilidad de las pruebas que son generalmente reconocidos en el procesamiento judicial de casos criminales en los tribunales de distrito de Estados Unidos.

[...]

[...] el individuo no deberá disfrutar del derecho a buscar solución jurídica alguna o de mantener, directamente o indirectamente, procedimiento alguno o que solución jurídica o procedimiento sea buscado por otros en su nombre, en (i) ningún tribunal de los Estados Unidos o de algún Estado de ellos, (ii) ningún tribunal de un país extranjero, o (iii) tribunal internacional<sup>31</sup>.

Es lo que Michael Ratner, presidente del CCR<sup>32</sup>, califica como la “Orden de golpe de Estado”; porque, como dice Ratner, básicamente la orden establece que el presidente de Estados Unidos de América puede “capturar a cualquier persona que no sea ciudadano estadounidense [esto fue entonces, porque ahora abarca también a los propios ciudadanos del Estado] en cualquier país del mundo, encerrarlo para siempre y no permitirle acudir a un tribunal para exigir lo que se conoce como un procedimiento de hábeas corpus”<sup>33</sup>.

## VI. El informe del Consejo de Europa

La intención de tirar todo el Derecho Internacional por la borda no podría ser más clara. Esta política condujo directamente a lo que se describe con una claridad admi-

---

<sup>30</sup> Military Order of November 13, 2001. Detention, treatment and trial of certain non-citizens in the war against terrorism.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> El CCR, con sede en Nueva York, es una organización sin ánimo de lucro fundada en 1966 y dedicada a la defensa de libertades civiles. En los últimos años se ha ocupado, entre otras cosas, de la defensa de personas privadas de libertad en Guantánamo.

<sup>33</sup> Joshua Holland (2007): “Human rights crusader Michael Ratner: we’ll keep going after Bush and Cheney when they leave office”. AlterNet.



nable en el informe del Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos del COE que encabezara Dick Marty. El informe, el segundo de dos, trata sobre detenciones secretas y transferencias ilegales de detenidos en las que estaban implicados Estados miembros del COE, afirmando que:

numerosas personas han sido secuestradas en varios lugares del mundo y llevadas a países donde han sido objeto de persecución y donde se sabe que la tortura es una práctica común. Otros han sido apresados en detenciones arbitrarias, sin que se presentara ningún cargo en su contra y sin que mediara ningún tipo de control judicial, denegando el derecho a defenderse. Otros simplemente han desaparecido durante periodos indefinidos de tiempo y detenidos en cárceles secretas, incluso en estados miembros del Consejo de Europa [...].

Algunos individuos fueron confinados en centros de detención secretos durante años, donde fueron sujetos a tratos degradantes y a las llamadas “técnicas de interrogatorio coercitivas” (esencialmente un eufemismo para una forma de tortura) [...] otros han sido transportados miles de kilómetros a cárceles cuya ubicación tal vez nunca se conocerá, interrogados sin cesar y abusados física y psicológicamente antes de ser puestos en libertad porque claramente no eran las personas buscadas<sup>34</sup>.

El tono de indignación contenida que caracteriza el informe del Comité es debido, en parte, a que estos actos ilegales tuvieron lugar, en la mayoría de los casos, con los “necesarios permisos, protección y colaboración activa de las agencias gubernamentales de los muchos países socios de Estados Unidos, incluyendo países miembros del Consejo de Europa”.

Añade, además,

La rendición, secuestro y detención de sospechosos de terrorismo siempre ha tenido lugar fuera del territorio de Estados Unidos, donde tales acciones hubieran sido, sin duda, juzgados como ilegales e inconstitucionales. Obviamente, estas acciones también son inaceptables bajo las leyes de países europeos, que, no obstante, las toleraron o colaboraron para llevarlas a cabo. Esta exportación de actividades ilegales al extranjero es aun más espantosa por cuanto demuestra un desprecio fundamental para con los países en cuyo territorio se decidió cometer los actos en cuestión. El hecho de que las medidas se aplican solamente a personas que no fuesen ciudadanos de los Estados Unidos es igualmente preocupante: refleja una forma de “apartheid legal” y un supuesto de superioridad exagerado.

Las instalaciones de detención secretas en Europa fueron controladas directamente y exclusivamente por la CIA. [...] Mientras es probable que muy pocas personas en los países involucrados, incluso en los mismos Gobiernos, conocieran la existencia de estos centros, tenemos motivos suficientes para afirmar que las más altas autoridades del Estado fueron conscientes de las actividades ilegales de la CIA en sus territorios.

El informe también explica cómo se forjó esta colaboración: “Creemos que el marco para tal ayuda fue desarrollado en base a autorizaciones de la OTAN acordados el 4 de octubre de 2001, algunas de las cuales son públicas y otras que son todavía se-

---

<sup>34</sup> Doc. cit. COE, 2007.

cretas. Según varias fuentes que coinciden en ello, estas autorizaciones servían como una plataforma para acuerdos bilaterales que —naturalmente— también siguen siendo secretos”.

La culpa, continúa el informe, “no reside solamente en los americanos, sino también [...] en los líderes políticos europeos que, a sabiendas, han consentido a esta situación”<sup>35</sup>.

No tengo constancia, por el momento, de ninguna acción legal que se haya emprendido, en ningún país, contra ninguno de los citados líderes políticos europeos.

## VII. ‘La Constitución se derrumba’

El nuevo paradigma no carecía de oposición. Colin L. Powell, como secretario de Estado, rebatió la opinión del Departamento de Justicia de que Ginebra no se debía aplicar a Al Qaeda o a los talibanes y advirtió que esta doctrina modificaría de una manera radical “la política de Estados Unidos de apoyar las Convenciones de Ginebra de más de un siglo y socavaría las protecciones de la ley de guerra para nuestras tropas”<sup>36</sup>. Powell perdió la batalla. Quizá podría haber mantenido su credibilidad por ser la única persona decente en el gabinete de Bush si hubiera dimitido entonces, en vez de terminar mintiendo a las Naciones Unidas acerca de las armas de destrucción masiva.

Una oposición mucho más tenaz vino de esferas no tan altas. En diciembre de 2002, Alberto G. Mora, abogado general de la Armada, fue informado por el director del Servicio de Investigación Criminal de la Armada, David Brant, acerca de que “personas detenidas en Guantánamo habían sido sometidas a abusos físicos y tratamiento degradante”<sup>37</sup>.

Mora expuso la situación del siguiente modo: “Brant insistió en que el Servicio de Investigación Criminal no iba a participar en tratamiento abusivo aunque recibiese órdenes de hacerlo y no quería estar, aunque fuese indirectamente, asociado con un centro que empleara semejantes métodos”. Añadió que dicho servicio “había recibido la información de que las técnicas de interrogación coercitivas no representaban una actividad simplemente delictiva que se circunscribía a interrogadores indisciplinados o a conductas aprobadas solamente por el mando local, sino que, según su información, habían sido autorizadas “al más alto nivel” en Washington”<sup>38</sup>.

Mora habló con el abogado general del Ejército, Steven Morello, que le proporcionó un paquete de documentos secretos, entre los cuales se encontraba un memorándum firmado por secretario de Defensa Donald Rumsfeld en el que se aprobaban 15 procedimientos, de una lista de 18, propuestos para interrogatorios, ninguno de los cuales estaba permitido bajo los estándares del manual de campo del Ejército. Entre estos se incluían tatar la cabeza del prisionero con una capucha, “la privación de luz

---

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> Colin L. Powell (2002): “Draft decision memorandum for the president on the application of the Geneva Convention to the conflict in Afghanistan”, 26 de enero de 2002.

<sup>37</sup> Alberto G. Mora (2004): “Statement for the record: Office of General Counsel involvement in interrogation issues”, 7 de julio de 2004.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

y estímulos auditorios”, el “uso de interrogatorios de veinte horas”, “quitarle la ropa” y “utilizar las fobias individuales de las personas detenidas [como el miedo a los perros]”. Rumsfeld se reservó la posibilidad de utilizar otros métodos, de categoría III, que incluía el *waterboarding*, descrito como el “uso de una toalla húmeda y un goteo de agua para inducir una sensación errónea de asfixia”<sup>39</sup>.

La lista también contemplaba el “uso de posturas de estrés [como mantenerse de pie] durante un máximo de cuatro horas” y Rumsfeld había escrito en su propia letra, “pero yo estoy de pie entre ocho y diez horas diarias. ¿Por qué se limita el estar de pie a cuatro horas?”<sup>40</sup>. Mora percibió enseguida que ese repugnante intento de humor fácilmente podría ser entendido como una invitación al interrogador a pasar de las reglas. También entendió que, en un juicio a Rumsfeld, la broma podría costarle caro.

Junto con la lista de las técnicas, había un análisis legal que defendía su uso que Mora consideró simplemente “incompetente”.

Inmediatamente, Mora pidió una reunión con su superior William J. Haynes, el consejero legal del Departamento de Defensa. “Le pidió que pensara en las técnicas más detenidamente”, escribió Mora más tarde:

¿Qué significaba “privación de luz y estímulos auditorios”? ¿Se podría tener el detenido encerrado en una celda totalmente oscura? ¿Y por cuánto tiempo? ¿Un mes? ¿Más? ¿Precisamente qué se permitiría con la autorización de explotar fobias? ¿Se podría tener el detenido en un ataúd? ¿Se podría aplicar fobias hasta inducir la locura? No solamente las técnicas individuales aplicadas una por una pueden equivaler a la tortura, le dije, pero también la aplicación de combinaciones de ellas seguramente tienen que ser reconocidas como capaces de llegar al nivel de tortura<sup>41</sup>.

Mora había entrado en la reunión creyendo que el memorándum de Rumsfeld era “casi seguramente no una reflexión de una política intencionada sino el producto de un descuido”<sup>42</sup>. Al volver en enero de sus vacaciones de Navidad, se le advirtió de que se seguían cometiendo abusos en Guantánamo.

Mora puso más presión y, de hecho, Rumsfeld rescindió la autorización de su memorándum en enero del año siguiente y mandó crear un grupo de trabajo para la política de interrogación. El resultado fue el informe del Grupo de Trabajo sobre la interrogación de detenidos en la guerra global contra el Terror<sup>43</sup>, con fecha de abril de 2003: un documento bizantino de unas 80 páginas, que se apoya en gran parte en el *Torture memo* de John Yoo y Jay S. Bybee “e incorpora mucho de su lenguaje, palabra

---

<sup>39</sup> Departamento de Defensa (2002): “Request for approval of counter-resistance strategies”, 11 de octubre de 2002, firmado por el teniente coronel Jerald Phifer.

<sup>40</sup> Departamento de Defensa (2002): “Action memo, counter-resistance techniques”, 27 de noviembre de 2002, aprobado por el secretario de Defensa Donald Rumsfeld el 2 de diciembre de 2002.

<sup>41</sup> Doc. cit. Mora, 2004.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Grupo de Trabajo (2003): “Report on detainee interrogations in the global war on terrorism: assessment of legal, historical, policy and operational considerations”, 4 de abril de 2003.

por palabra”<sup>44</sup>. Las contribuciones de Mora fueron rechazadas sistemáticamente; ni siquiera se enteró de que el informe había sido aprobado hasta un año más tarde.

En febrero de 2003, cuando Mora todavía estaba trabajando en el Grupo de Trabajo, se reunió con John Yoo. ¿Podría el Presidente ordenar el uso de la tortura? Mora le preguntó. Yoo dijo que sí<sup>45</sup>.

Hablando un año después, Mora dijo a la periodista Jane Mayer que creía que la tendencia de los medios a concentrar su atención en la tortura es limitada, ya que la autorización de crueldad es igual de mala.

Para mí no hay una diferencia moral o práctica. Si la crueldad ya no está declarada fuera de la ley, pero se aplica como una cuestión de política, se altera la relación fundamental del hombre con el Gobierno. Destruye toda la noción de derechos individuales. La Constitución reconoce que el hombre tiene un derecho que es inherente, que no se le otorga ni el Estado ni las leyes, a la dignidad personal, incluyendo el derecho de ser libre de crueldad. Esto es así para todo ser humano, no solamente en América —incluso a los que son calificados como “combatientes enemigos ilegales”—. Si se hace esta excepción, la Constitución entera se derrumba<sup>46</sup>.

En los meses después de Abu Ghraib, los memorándums de Bybee y Yoo fueron retirados por el nuevo jefe de la Oficina de Asesoría Legal del Departamento de Justicia, Jack Goldsmith, que dimitió inmediatamente después. Goldsmith había tenido encontronazos continuos con el abogado de Cheney, David Addington, que le había espetado en una ocasión, “si haces este dictamen, tendrás las manos manchadas con la sangre de los cien mil personas que mueran en el próximo ataque”<sup>47</sup>.

El mismo año, 2004, el Tribunal Supremo decidió en contra de la Orden militar del presidente de 13 de noviembre de 2001 en el caso de Rasul contra Bush y sostuvo que las personas detenidas en Guantánamo tenían el derecho a presentar peticiones de hábeas corpus ante los tribunales federales. Antes de fin de año, el Departamento de Justicia, declaraba públicamente que la tortura es “aborrecible”.

Pero, como reveló *The New York Times* en octubre de 2007, al poco de empezar el segundo mandato de George W. Bush en 2005, con Goldsmith fuera y Alberto Gonzales como fiscal general del Estado, el Departamento de Justicia elaboró otro memorándum secreto. Este documento, todavía clasificado como materia reservada, era, en las palabras del mencionado diario, “una aprobación extensiva de las técnicas de interrogatorio más duras jamás utilizadas por la CIA”<sup>48</sup>. Bush y su gente no estaban para tirar la toalla. La guerra contra el Terror continuaría como de costumbre.

En 2006 el Tribunal Supremo dictó, en el asunto de Hamdan contra Rumsfeld, que los detenidos de Guantánamo tenían derecho a las protecciones previstas por el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra. El juez Anthony Kennedy, en su

---

<sup>44</sup> *Op. cit.* Markovic, 2007.

<sup>45</sup> Jane Mayer (2006): “The memo”, *The New Yorker*, 27 de febrero de 2006.

<sup>46</sup> Ídem.

<sup>47</sup> *Op. cit.* Rosen, 2007.

<sup>48</sup> David Johnston, James Risen y Scott Shane (2007, 3 oct): “Secret U.S. endorsement of severe interrogations”. *The New York Times*.

opinión coincidente con la mayoría, escribió que “las violaciones del artículo común 3 se consideran crímenes de guerra”<sup>49</sup>.

Los abogados del presidente pusieron manos a la obra, y cuatro meses más tarde, Bush firmó la Ley de comisiones militares que creó una defensa legal contra demandas por malos tratos relacionadas con la “detención e interrogación de extranjeros” entre el 11 de septiembre de 2001 y el 30 de diciembre de 2005. Al firmar la ley, Bush dijo que daba “protecciones legales que aseguran que nuestro personal militar y de inteligencia no tendrían que temer demandas interpuestas por terroristas simplemente por haber hecho su trabajo”<sup>50</sup>.

### VIII. Los abogados de la tortura

La explicación que dio Bush en su día por los abusos en Abu Ghraib —que fue culpa de unas pocas “manzanas podridas”— no es improbable, sino simplemente ridícula si uno no tiene una fe extraordinaria en las coincidencias. Los episodios de detenidos desnudos o llevando ropa interior femenina y el uso de perros, por ejemplo, fueron documentados, no únicamente en Abu Ghraib, sino también en Guantánamo, en la base militar de Bagram en Afganistán, así como en otros lugares. “Esos policías militares no son tan creativos”, afirmaba el general Taguba al periodista Seymour Hersh en 2007, “alguien les estaba dando las pautas”<sup>51</sup>.

A Taguba, sin embargo, le habían encargado investigar a la Policía Militar y tenía taxativamente prohibido “investigar más arriba, a la autoridad superior”<sup>52</sup>. Se realizaron otras investigaciones que terminaron con un informe firmado por un equipo encabezado por James R. Schlesinger, quien fuera secretario de Defensa con Nixon. El informe de Schlesinger es un ejemplo sofisticado y magistral del control de daños. Este critica duramente, por varios motivos y a los más altos niveles, al Departamento de Defensa, a los mandos militares, al Departamento de Justicia, a la CIA, etc. Critica a todo el mundo, pero al final nadie ha sido realmente declarado culpable de nada, aparte, por supuesto, de lo que un exoficial llamaba “unos chicos fuera de control”

Según el informe de Schlesinger, las técnicas de interrogatorio que se utilizaban y que seguían una metodología y control estrictos en Guantánamo, donde Ginebra no era de aplicación —de acuerdo con la doctrina del nuevo paradigma—, migraron a Iraq donde, incluso para sus nuevos estándares, Ginebra sí era de aplicación pero el personal no fue ni debidamente entrenado ni correctamente supervisado<sup>53</sup>.

En cuanto a Guantánamo, esto es, como mínimo, ingenuo. No solamente porque, en el caso de que el Tribunal Supremo confirmara las Convenciones de Ginebra, sí que debía haber sido respetado en Guantánamo. En palabras del teniente general Ran-

---

<sup>49</sup> Tribunal Supremo de Estados Unidos (2006): “Case concerning Hamdan v. Rumsfeld”, 29 de junio de 2006.

<sup>50</sup> *Op. cit.* Phillipe Sands, 2008.

<sup>51</sup> Seymour Hersh (2007): “The general’s report” en *The New Yorker*, 25 de junio de 2007.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> James R. Schlesinger (2004): “Final report of the independent panel to review department of defense detention operations”, agosto de 2004.

dall Schmidt, que fue encargado, después del escándalo de Abu Ghraib, de investigar posibles abusos en Guantánamo: “por falta de una cámara, se podría haber visto en Guantánamo lo que se vio en Abu Ghraib”<sup>54</sup>.

La idea de que algo migró de Guantánamo a Abu Ghraib es cómoda. La migración es algo natural, no intencionada, ni siquiera consciente. Los pájaros migran, pero los métodos de interrogación fueron exportados. Como escribe Philippe Sands en *Vanity Fair*, “los orígenes residen en acciones hechas por los más altos niveles de la Administración, por los asesores más importantes del presidente, vicepresidente y el secretario de Defensa”<sup>55</sup>.

Esto queda perfectamente claro si observamos una serie de acontecimientos en su conjunto y de manera más o menos cronológica:

**Octubre de 2001.** Cuando John P. Walker Lindh, “el Talibán americano” fue apresado en Afganistán, Haynes, consejero legal del Departamento de Defensa, animó al almirante responsable de los detenidos a “quitarse los guantes”. Con una herida de bala en la pierna, a Walker Lindh le desnudaron y le ataron a una camilla, amordazado y con los ojos vendados. Luego, todavía atado a la camilla, fue exhibido a la prensa y los soldados que lo quisieron se fotografiaron a su lado. Fue interrogado durante horas sin que se tratara su herida. Walker Lindh firmó una confesión, pero cuando su abogado obtuvo pruebas de que la confesión había sido obtenida bajo torturas, a última hora el fiscal le ofreció un trato: procesarle por un cargo menor a cambio de una promesa firmada de mantener silencio sobre lo que le habían hecho mientras estuvo detenido en Afganistán<sup>56</sup>.

Según documentos filtrados a un periodista del *Los Angeles Times*, las respuestas de Walker Lindh durante su interrogatorio fueron enviadas al Departamento de Defensa cada hora. Mientras Estados Unidos construían su red de cárceles secretas y semisecretas, en los años siguientes escribiría Mark Danner en *The New York Review of Books*, “este seguimiento directo de altos oficiales en Washington fue constante”<sup>57</sup>. El teniente coronel Steven Jordan, jefe de Inteligencia en Abu Ghraib, dijo al general Taguba: “Señor, a mi me dijeron un par de veces... que algunos de nuestros informes los leía Rumsfeld, gente en Langley [la sede de la CIA], gente muy importante”<sup>58</sup>.

**Enero de 2002.** Algunos meses después del interrogatorio de Lindh, el Departamento de Justicia elaboró su primer memorándum afirmando que Ginebra no era de aplicación para prisioneros de Al Qaeda y los talibanes.

**Marzo de 2002.** En este momento en el que el general Michael Dunlavey llegó a Guantánamo para ponerse al mando, aviones repletos de detenidos aterrizaban a diario. Dunlavey rápidamente llegó a la conclusión de que, al menos la mitad de los prisioneros, no tenían interés para la inteligencia militar. Así lo dijo a Rumsfeld, que

<sup>54</sup> *Op. cit.* Hersh, 2007.

<sup>55</sup> *Op. cit.* Sands, 2008.

<sup>56</sup> Dave Lindorff y Barbara Olshansky (2006): *The case for impeachment*, Nueva York: Thomas Dunne Books: 148-150.

<sup>57</sup> Mark Danner (2004b): “The secret road to Abu Ghraib”. *The New York Review of Books*, vol. 11, 15.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

pasó la cuestión del secretario adjunto de Defensa, Douglas Feith. Feith estaba en contra de repatriar a los detenidos<sup>59</sup>.

En septiembre del mismo año la propia CIA proporcionó al Gobierno un estudio que hizo constar que muchos de los supuestos terroristas encarcelados en Guantánamo eran reclutas de bajo nivel que habían ido a Afganistán a apoyar los talibanes e, incluso, personas inocentes que habían sido detenidas por error<sup>60</sup>.

**Septiembre de 2002.** Se celebraron una serie de reuniones de *brainstorming* en Guantánamo para desarrollar técnicas de interrogatorio contra resistencia nuevas y más agresivas. Había mucha presión desde Washington, desde arriba, para que se produjese información. Washington tenía un interés particular en Mohamed al-Qahtani, que se creía estaba directamente involucrado en el 11S. Los métodos convencionales de interrogatorios no estaban funcionando con él. Diane Beaver, abogado del Ejército en Guantánamo, dijo a Philippe Sands que “las ideas de Washington se iban introduciendo en el proceso”, aportadas por gente de la Agencia de Inteligencia de Defensa y psicólogos de la CIA. Algunas de estas ideas venían de un programa de supervivencia, evasión, resistencia y escape (SERE) diseñado para enseñar a soldados cómo aguantar en caso de ser capturados por el enemigo. Personal de Guantánamo, entre ellos un psicólogo y un psiquiatra, habían viajado a Fort Bragg, el cuartel general del SERE, para recoger información sobre el programa<sup>61</sup>.

El 25 de septiembre de 2002, pocas semanas después de la publicación de *Torture memo* de Bybee y Yoo, una delegación de los abogados de la Administración del más alto rango llegó a Guantánamo. El grupo incluía a Alberto Gonzales, que ya había recibido el memorándum; al abogado de Cheney, David Addington, que había participado en su redacción; a John Rizzo de la CIA, que había solicitado y recibido un segundo memorándum del Departamento de Justicia (todavía secreto); y a Haynes del departamento de Defensa. La delegación también presenció alguno de los interrogatorios<sup>62</sup>.

Dos semanas después de esta visita, el proceso de redacción de la lista de técnicas nuevas se ultimó en un memorándum de tres páginas firmado por el teniente coronel Jerald Phifer. Fue la lista de 18 técnicas que Rumsfeld aprobó el 2 de diciembre de 2002. El memorándum que acompañó —y justificó jurídicamente— la lista, fue firmado por Diane Beaver. El Gobierno iba, más tarde, a sostener que las técnicas de interrogatorio habían “subido desde abajo” desde Guantánamo, y que solamente intervino en la cuestión de los interrogatorios en noviembre, después de ver la lista por primera vez. En realidad, los abogados más importantes de la Administración habían dirigido el proceso desde el principio. Habían conseguido lo que querían: distancia y la posibilidad de negarlo todo. Otras firmas figuraban en los papeles.

**Noviembre de 2002.** El general Geoffrey Miller tomó el mando en Guantánamo el día 4 de este mes y el día 12 se aprobó un plan detallado para el interrogatorio de

---

<sup>59</sup> *Op. cit.* Sands, 2008.

<sup>60</sup> Tim Golden and Don Van Natta (2004, 21 jun): “U.S. said to overstate value of Guantánamo detainees”, *The New York Times*.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*.



Mohamed al-Qahtani, basado en las nuevas técnicas. El plan se le envió a Rumsfeld para que lo aprobase personalmente<sup>63</sup>.

Como reveló la revista *The New Yorker* en 2006 al respecto de lo expuesto en el párrafo anterior:

Qahtani había sido sometido a ciento-sesenta días de aislamiento en una celda constantemente inundada de luz. Fue interrogado cuarenta-ocho de cincuenta-cuatro días. Había sido desnudado; guardias mujeres se habían sentado encima de él en un ejercicio que se llamaba “invasión del espacio por una hembra”; le habían obligado a llevar ropa interior femenina en su cabeza, a ponerse un sostén; fue amenazado por perros; le pusieron una correa; y le insultaron diciendo que su madre era una puta. Ya a principios de diciembre, Qahtani había sido objeto de un falso secuestro, privado de calefacción, y sometido al suministro de grandes cantidades de líquidos por vía intravenosa y denegado acceso a un urinario y privado de sueño durante tres días. A finales de noviembre su frecuencia cardíaca había bajado tan precipitadamente, a treinta-y-cinco latidos por minuto, que necesitaba vigilancia cardíaca.

Las descripciones de la tortura en enero fueron: “A Qahtani le desnudaron y afeitaron y le ordenaron que ladrara como un perro. Le obligaron a escuchar música pop a un volumen ensordecir, le privaron de sueño y le mantuvieron en una habitación extremadamente fría. Entre sus sucesivas confesiones y posteriores retractaciones de haber participado en varios complots terroristas rogó en reiteradas ocasiones que le permitieran suicidarse”<sup>64</sup>.

El secretario de Defensa Rumsfeld mantuvo un contacto constante con el general Miller para informarse del progreso del interrogatorio y aprobó personalmente las tácticas más severas<sup>65</sup>.

Al hilo de esto, en 2004 el teniente general Schmidt, en su investigación sobre los abusos en Guantánamo, llegó a la conclusión de que Miller “era responsable de las técnicas de interrogatorio que a mi juicio fueron abusivas y degradantes”. Schmidt recomendó formalmente que Miller fuese “declarado responsable” y que fuese sancionado por ello. Su superior, el general Craddock, que había sido ayudante militar de Rumsfeld, rechazó la recomendación y absolvió a Miller de la acusación de malos tratos<sup>66</sup>.

**Agosto de 2003.** El general de División Miller, todavía comandante de Guantánamo, fue enviado a Abu Ghraib acompañado por un equipo de “personal con experiencia en interrogación estratégica” para mejorar la “capacidad de explotar rápidamente a los internos para inteligencia disponible”<sup>67</sup>. Miller llevó consigo a Iraq copias del informe del Grupo de Trabajo y el manual de Procedimientos Estándares de Operación (conocidos como SOP por las siglas de su denominación inglesa, Standard Operating

---

<sup>63</sup> *Ibíd.*

<sup>64</sup> *Op. cit.* Mayer, 2006.

<sup>65</sup> *Op. cit.* Hersh, 2007.

<sup>66</sup> *Ibíd.*

<sup>67</sup> Geoffrey D. Miller (2003): “Assessment of DoD counterterrorism interrogation and detention operations in Iraq”, 13 de septiembre de 2003.

Procedures)<sup>68</sup>, de 238 páginas, utilizado en Guantánamo, que indicaba, entre otras cosas, que se debe asegurar que la Cruz Roja no tenga acceso a ciertos prisioneros y que aconsejaba el uso de aislamiento y de técnicas de privación sensorial.

Una recomendación clave del equipo de Miller era que la Policía Militar debía formar parte activa del proceso de interrogación, estableciendo “condiciones para la interrogación y explotación con éxito de los internos”<sup>69</sup>.

**Septiembre de 2003.** Los abusos en Abu Ghraib descritos en el informe de Taguba empezaron apenas un mes después de la visita del general Miller.

Según la investigación llevada a cabo por el general George R. Fay, el teniente general Ricardo S. Sánchez, comandante del Ejército en Iraq, “dependía de una manera significativa de las recomendaciones de los Procedimientos Estándares de Operación (SOP) proporcionados por Miller para desarrollar tanto la estructura como la política de interrogatorios para las operaciones con detenidos”<sup>70</sup>. Sánchez visitaba Abu Ghraib con frecuencia en el otoño de 2003, cuando los abusos se produjeron. Taguba concluyó que “Sánchez sabía exactamente lo que estaba pasando”<sup>71</sup>.

## IX. La zona gris

Según el veterano periodista Seymour Hersh, cuando fueron publicadas las imágenes de Abu Ghraib, hubo quienes en el Pentágono y la Casa Blanca “no pensaron que las fotos fueran tan malas”, puesto que centraban la atención en unos soldados rasos y no en operaciones secretas de equipos operativos<sup>72</sup>. Poco después de la invasión de Afganistán, Rumsfeld había montado un programa de acceso especial, que incluía personal de la CIA y las fuerzas armadas, con la misión de “matar, capturar y detener” a sospechosos de terrorismo considerados de alto valor. Algunos de estos detenidos de alto valor fueron los detenidos fantasma que, según el informe de Taguba, entraban y salían de Abu Ghraib de la mano de la CIA. De hecho, Abu Ghraib formaba parte de una red de cárceles conocidas, semisecretas y secretas (*black sites* o ‘lugares negros’) que incluía Camp Cropper en Iraq; Guantánamo; Kabul, Bagram y Kandahar en Afganistán; y lugares en Tailandia, Qatar y la isla de Diego García. Cuando *The Washington Post* reveló la existencia de cárceles clandestinas de la CIA en Polonia y Rumanía en 2005, un nuevo centro se abría en Mauritania<sup>73</sup>. A la Cruz Roja se le negó el acceso a algunos de estos centros, o se restringió el acceso a algunos de sus recintos.

---

<sup>68</sup> “Camp Delta Standard Operating Procedures (SOP)”, 28 de marzo de 2003.

<sup>69</sup> Doc. cit. Miller, 2003.

<sup>70</sup> George R. Fay: “AR 15-6 investigation of the Abu Ghraib detention facility and 205th Military Intelligence Brigada”.

<sup>71</sup> Op. cit. Hersh, 2007.

<sup>72</sup> Seymour Hersh (2004): “The gray zone”. *The New Yorker*, 24 de mayo de 2004.

<sup>73</sup> Op. cit. Hersh, 2007.

A su vez, otros sospechosos, la mayoría de los cuales luego resultaron ser inocentes, fueron enviados a países como Marruecos, Jordania, Arabia Saudí, Egipto y Siria, para que les torturasen policías o militares de estos países<sup>74</sup>.

En el informe de 2007 del Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos del COE, el relator Dick Marty, se declara convencido de que el programa de “detenidos de alto valor” tuvo su origen en un *presidential finding*, documento autorizando una operación encubierta, firmado por Bush el 17 de septiembre de 2001. También afirma que le hablaron de “otros documentos clasificados”, supuestamente firmados en 2002, que incluso empleaban el término *black sites*<sup>75</sup>.

La fuente que vincula al presidente directamente con la detención ilegal de sospechosos y el *outsourcing* de tortura es *State of denial*, el tercer volumen de la trilogía *Bush en guerra* del periodista Bob Woodward una obra, por lo demás, bastante comprensiva con Bush y las personas que le rodeaban.

El 13 de septiembre, según Woodward, dos días después del ataque a las Torres Gemelas, Bush se reunió con el príncipe Bandar bin Sultan, embajador de Arabia Saudí y amigo personal de la familia Bush. A la CIA le constaba que en Arabia Saudí se torturaba a los sospechosos de terrorismo. Cheney, Condoleezza Rice y el ayudante de Bandar también estuvieron en la reunión. En la foto de la reunión, Bush y Bandar sostienen sendos puros en la mano. “Si cogemos a alguien y no conseguimos que coopere”, dijo Bush a Bandar, “te lo pasamos a ti”<sup>76</sup>.

## X. ‘Sería erróneo descartar la posibilidad de una condena en una causa penal’

Las imágenes de Abu Ghraib no demuestran unos incidentes; exhiben una política. Una política de interrogatorios concebida poco después del 11 de septiembre de 2001, que se desarrolló y refinó en una serie de opiniones legales redactadas en el curso de los dos años siguientes. Las consideraciones legales reflejadas en estos documentos servirían para justificar una lista de técnicas de interrogatorio coercitivas, afirmarían que el presidente de Estados Unidos tiene el derecho legal de hacer quebrantar las leyes internacionales y que quienes siguieran sus órdenes quedarían a salvo de ser procesados por sus actos. “Addington, Bybee, Gonzales, Haynes, y Yoo devinieron” tal como había escrito Philippe Sands, “un equipo de abogados de la tortura, liberando a la Administración de las constricciones que las leyes internacionales imponen para prohibir los malos tratos”<sup>77</sup>.

Además, parece que hicieron un buen trabajo porque, aunque casi todas sus tesis han sido rechazadas por los tribunales, ellos —y sus jefes— hasta el momento, han salido impunes. En enero de 2008, George McGovern, que fue candidato a la presidencia contra Richard Nixon, escribió en *The Washington Post* que el caso para

---

<sup>74</sup> Dana Priest (2005, 2 nov): “CIA holds terror suspects in secret prisons”. *The Washington Post*.

<sup>75</sup> Doc. cit. COE, 2007.

<sup>76</sup> Bob Woodward (2006): *State of denial*, Nueva York: Simon & Schuster.

<sup>77</sup> *Op. cit.* Sands, 2008.

abrir un proceso de destitución (*impeachment*) contra Bush y Cheney era mucho más sólido que el caso contra Nixon en 1972<sup>78</sup>. Aún así, solo un puñado de miembros del Congreso parece estar a favor del proceso de destitución. Incluso con los demócratas con mayoría desde el 2006, el Congreso de Estados Unidos nunca ha llevado a cabo una investigación rigurosa sobre los orígenes del programa de tortura. En los casos de demandas interpuestas contra Rumsfeld y otros por torturas, hasta el día de hoy, los tribunales les han declarado inmunes en virtud de sus cargos en unas ocasiones y, en otras, han decidido que sus casos supondrían revelar “secretos de Estado” y que, por tanto, no era pertinente proceder a enjuiciarlos<sup>79</sup>. En la carrera por las posteriores elecciones presidenciales se habló mucho sobre Iraq, pero nada de las responsabilidades por Abu Ghraib.

El 11 de abril de 2008, Bush reconoció en una entrevista a ABC News que, con su visto bueno, sus máximos asesores en seguridad nacional habían aprobado técnicas de interrogatorio coercitivas, incluyendo *waterboarding*, para sospechosos de ser miembros de Al Qaeda. El Consejo de Directores del Comité Nacional de Seguridad estaba compuesto por el vicepresidente Dick Cheney, la entonces asesora de Seguridad Nacional, Condoleezza Rice, el secretario de Defensa Donald Rumsfeld y el secretario de Estado Colin Powell, así como por el director de la CIA George Tenet y el fiscal general John Ashcroft. Incluso después de que Jack Goldsmith reiterara en el llamado *Torture memo*, que la CIA calificaba como el “escudo dorado” a Condoleezza Rice, que presidía las reuniones del Comité Nacional de Seguridad, insistió en que las agresivas técnicas coercitivas seguían estando vigentes. Al parecer, Bush está tan convencido de que tanto él como su gente podrían salir indemnes, que desafía a cualquiera a hacer algo al respecto. Al parecer, el entonces fiscal general Ashcroft no estaba tan convencido. Tras una de las reuniones, parece haber dicho “la historia no juzgará esto con benevolencia”<sup>80</sup>.

Las Convenciones de Ginebra, tal y como Mora dijo a su jefe en el Pentágono en 2002 y el Tribunal Supremo de Estados Unidos reafirmó en 2006, tienen rango de ley de Estados Unidos, pero la ley, en estos casos, parece ser poco más que una mera declaración de buenas intenciones. Como el juez Anthony Kennedy escribió en el caso Hamdan contra Rumsfeld, “las violaciones del artículo común 3 se consideran crímenes de guerra”<sup>81</sup>, pero todo indica que, con honradas excepciones, la sociedad americana, incluyendo aquí a políticos y prensa, quiere pasar página, con la ingenua convicción de que si olvidan estos crímenes no volverán a cometerse.

Si algún día alguien es procesado por las violaciones de las leyes nacionales e internacionales descritas en este capítulo, probablemente será fuera de Estados Unidos. Esto es lo que cree Michael Ratner, presidente del el CCR que, junto con la FIDH y otros grupos y personas a título individual, ha interpuesto demandas criminales contra el anterior secretario de Defensa Rumsfeld, Alberto Gonzales, Jay S. Bybee, John C. Yoo, William J. Haynes y David Addington en Alemania y en Francia. En Alemania, la de-

---

<sup>78</sup> George McGovern (2008, 6 ene): “Why I believe Bush must go”. *The Washington Post*.

<sup>79</sup> *Op. cit.* Holland, 2007.

<sup>80</sup> ABC News, 11 de abril de 2008.

<sup>81</sup> *Doc. cit.* Tribunal Supremo de Estados Unidos, 2006.

manda fue interpuesta bajo el principio de jurisdicción universal contra los crímenes de guerra, lo que permite al fiscal general del país investigar y procesar a los responsables de crímenes de guerra con independencia del lugar de residencia del defendido o del demandante, del lugar donde se hubiese cometido el crimen, o de la nacionalidad de las personas implicadas<sup>82</sup>.

“Sería erróneo descartar la posibilidad de una condena en una causa legal” ha escrito Philippe Sands<sup>83</sup> al recordar el proceso para la extradición de Pinochet a España en la Cámara de los Lores en 1999. Uno de los ayudantes de Pinochet le dijo que jamás se había imaginado que algo así pudiese suceder.

Michael Ratner, presidente del CCR, ha declarado que “estamos haciendo el mundo más pequeño para Rumsfeld”, que no se atreverá a volver a viajar ni a Francia ni a Alemania. Ante la pérdida de la inmunidad de Bush y Cheney como jefes de Estado en enero de 2009, Ratner prometió que iría tras ellos también<sup>84</sup>. Creo que debemos desearles suerte.

Pero salta a la vista que, después de años de gravísimos atropellos a los derechos humanos, son las organizaciones no gubernamentales, como el CCR o la Unión Americana por las Libertades Civiles (más conocida por ACLU por sus siglas de la denominación inglesa American Civil Liberties Union), las que están actuando, en nombre de las víctimas, para perseguir a los responsables, mientras las instituciones internacionales y los Gobiernos democráticos miran hacia otro lado. Salta a la vista que, aunque un número significativo de las personas ilegalmente detenidas (es decir, secuestradas) y torturadas en Guantánamo y probablemente también en las denominadas cárceles secretas, sean ciudadanos europeos, ningún Gobierno europeo ha iniciado todavía acciones legales contra los responsables de estos crímenes. Es de suponer que una de las primeras responsabilidades de cualquier Gobierno para con sus ciudadanos es protegerlos ante posibles secuestros y torturas por parte de cualquier Estado extranjero, por muy aliado que sea. Es imposible no sospechar que esta pasividad sea debida, al menos en parte, al hecho de que las personas en cuestión —como los medios de comunicación nunca dejan de recordarnos— sean ciudadanos británicos “de origen pakistaní”, ciudadanos franceses “de origen argelino”, ciudadanos alemanes “de origen sirio” o ciudadanos españoles, como Abderrahman Ahmad, “natural de Ceuta”. Es decir, otra consecuencia de la xenofobia, subproducto, a nivel internacional, de la guerra contra el Terror.

Los peligrosos precedentes asentados en los años que han pasado desde el 11S en el abuso del poder presidencial, el atropello a los derechos civiles de los ciudadanos y, sobre todo, en el desprecio por los derechos humanos y por el Derecho Internacional, no desaparecieron con el cambio de partido en el Gobierno de Estados Unidos, por muy anhelado que este fuese. Estados Unidos, en primer lugar, pero Europa también, tienen que examinar en profundidad, de manera rigurosa y valiente, los enormes errores de su política antiterrorista. Tienen que garantizar y reafirmar, de una manera real

---

<sup>82</sup> Para una discusión de cómo los abogados podrían ser considerados cómplices en crímenes de guerra cfr. *op. cit.* Markovic, 2007.

<sup>83</sup> *Op. cit.* Sands, 2008.

<sup>84</sup> *Op. cit.* Holland, 2007.

y no de boquilla, su respeto por el Estado de derecho. Y tienen que perseguir a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, con independencia del poder, prestigio y cargo que estos tengan o hayan tenido.

¿Lo harán? A primera vista parece improbable. Pero el informe del COE y el del Comité Temporal del Parlamento Europeo sobre los vuelos de la CIA<sup>85</sup> documentan ampliamente las acciones potencialmente delictivas en el ámbito europeo. Es necesario poner nombres y apellidos a estos delitos. Existen comités del Senado y Congreso de Estados Unidos que siguen, tozudamente, haciendo preguntas incómodas. Habrá un momento cuando los ex altos cargos de la entonces Administración Bush ya no puedan rehusar las citaciones para comparecer ante un comité del Congreso, escudándose en el *executive privilege*. Habrá un momento, que esperemos sea pronto, cuando algunos documentos, ahora todavía secretos, dejarán de serlo. Tal vez, el tiempo nos depare alguna sorpresa.

Ante todo, la ciudadanía, la comunidad internacional y el Gobierno norteamericano, en particular, tienen que volver a asentar un principio, que ya se ha citado en este artículo y que Alberto G. Mora expresó con una lucidez admirable, así: “La Constitución reconoce que *el hombre tiene un derecho que es inherente, que no se le otorga ni el estado ni las leyes, a la dignidad personal* [cursiva del autor], incluyendo el derecho de ser libre de crueldad. Esto es así para *todo ser humano, no solamente en América* [cursiva del autor], incluso a los que son calificados como “combatientes enemigos ilegales””<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Comité Temporal del Parlamento Europeo (2006): “informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos”. Ponente: Giovanni Claudio Fava, 30 de enero de 2007.

<sup>86</sup> *Op. cit.* Mayer, 2006.





# **La sociedad iraquí ante el proyecto de dominación colonial de Estados Unidos y ante el reto de la recuperación de su soberanía<sup>1</sup>**

**RAFAEL GRASA HERNÁNDEZ**

Profesor titular de Relaciones Internacionales  
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. Introducción. II. Enunciado de las tesis que se van a exponer. III. Las tesis tercera, cuarta, quinta y sexta: una mirada más atenta.

## **I. Introducción**

Se me ha pedido que intervenga brevemente, con anterioridad a la presencia y declaración de diversos testigos iraquíes (entrevistados por Pedro Rojo) y de la presentación del impacto de las sanciones, de la guerra y de la ocupación sobre el patrimonio histórico cultural iraquí a cargo del profesor Joaquín Córdoba Zoilo, en el marco de la primera de las dos sesiones del Tribunal dedicadas a la evaluación cronológica de lo acaecido a partir de abril de 2003, en particular, al impacto de los decretos emanados de la Autoridad (APC) presidida por Lewis Paul Bremer y sus repercusiones sobre la población iraquí y sobre la soberanía del país.

También se me ha pedido, naturalmente que, de acuerdo a la larga y fructífera tradición de este tipo de tribunales, mi intervención sirva para exponer algunas tesis y afirmaciones que enmarquen las intervenciones de los diversos testigos y que coadyuven a centrar las conclusiones finales. Todo ello hace que la tarea de relatoría deba ser precisa y ausente de todo protagonismo, una exposición de hechos y de razonamientos doctrinales veraces, plausibles y lo más ajenos a toda polémica o interpretación

---

<sup>1</sup> El presente trabajo, inédito hasta ahora, fue originalmente presentado en el Tribunal Internacional de Iraq; sesión de Barcelona (del 16 al 22 de mayo de 2005), sábado 21 de mayo de 2005: primera sesión. Se publica aquí por primera vez.

discrepante, algo que todavía tiene mayor importancia habida cuenta que esta sesión del Tribunal de Barcelona, una de las más de treinta ciudades que ha acogido sesiones semejantes a esta, quiere y debe tener como protagonistas básicos a diferentes personas de la sociedad y población iraquí.

Así las cosas, concretamente, voy a referirme al período que va de la agresión a la ocupación, que puede definirse hablando del cambio del marco jurídico-político del país, modificación que responde a razones profundas, antiguas y planificadas, y de un impacto notorio sobre las relaciones políticas, sociales, económicas y culturales.

## II. Enunciado de las tesis que se van a exponer

Para ser más preciso voy a presentar seis tesis, de las que, respectivamente, se derivan —analítica, lógica y en términos político-jurídicos— numerosos corolarios, afirmaciones y testimonios. A saber:

**Tesis primera.** La agresión de Iraq fue, en opinión muy extendida entre los *iusinternacionalistas* de todo el mundo, el punto culminante —no el primero ni último— de un proceso de erosión del Derecho Internacional claramente visible en el sistema internacional de postguerra fría, proceso en el que Estados Unidos y las grandes potencias occidentales prefirieron optar por acciones unilaterales armadas y no por la única opción permitida de acuerdo con el ordenamiento jurídico surgido en 1945, la aplicación institucional del uso de la fuerza, de acuerdo con el capítulo VII de la CNU. El resultado de ese proceso de erosión (constatable en Kosovo / Serbia, en Afganistán y luego, precisamente, en Iraq) ha supuesto una violación del principio de prohibición del uso de la fuerza contra los Estados, una desnaturalización de la noción de legítima defensa y, como consecuencia de prácticas basadas en el desarrollo de esos actos contrarios al Derecho Internacional que hemos calificado de acciones armadas unilaterales, causa y sustento de innumerables y graves violaciones de los derechos humanos en los lugares donde se han producido esos actos unilaterales.

**Tesis segunda.** La intervención en Iraq por parte de Estados Unidos y de Reino Unido, basada en argumentos que invocaban legítima defensa tardía o legítima defensa anticipatoria o preventiva, fue ilegal, por más que se invoquen argumentaciones sobre la interpretación concatenada de diversas resoluciones de las Naciones Unidas, un eventual colapso del cs o, de forma contradictoria, otros supuestos como la intervención humanitaria basada en las violaciones masivas (que ciertamente existieron sobre kurdos, chiíes y población en general) por parte del régimen de Sadam Huseín, o la supuesta e indemostrada posesión de armas de destrucción masiva. Además, esa intervención ilegal, al no estar cubierta por una resolución del cs, encaja perfectamente en los supuestos de la Resolución 3314 (XXIX) de la AG, de 14 de diciembre de 1974, sobre la definición de agresión, por lo que puede considerarse un grave ilícito, a saber: una agresión armada.

**Tesis tercera.** Tras la derrota del régimen de Sadam Huseín por parte de Estados Unidos y de Reino Unido, fueron los Estados miembros del cs —con un especial protagonismo de Francia, Rusia, China y Alemania, entre otros— quienes erosionaron la credibilidad del Derecho Internacional y de las Naciones Unidas, al convalidar la

agresión mediante la Resolución 1483 (2003) del cs, de 22 de mayo de 2003, sobre la situación entre Iraq y Kuwait, y otras posteriores, en particular la Resolución 1546 (2004), de 8 de junio de 2004, sobre el mismo asunto. Se trata de algo especialmente grave, porque esas resoluciones supuestamente convalidadoras de ilícitos previos, nunca mencionan las violaciones de derechos humanos cometidas por Estados Unidos durante la ocupación (documentadas masivamente y fuera de toda duda entre mayo y julio de 2004) y constituyen o amparan, en palabras de la profesora Araceli Mangas, “una burla cualificada al Derecho Internacional y una abdicación de la responsabilidad de la propia ONU [...] un ejemplo claro de violación del Derecho Internacional por el propio Consejo de Seguridad, es decir, un acto *ultra vires* en el que además se oculta un brutal hecho ilícito”.

**Tesis cuarta.** La actuación de la APC tras la ocupación de Iraq, supuestamente convalidada por las resoluciones de las Naciones Unidas a las que acabo de referirme, responde, en su fondo y en su forma, a algo planificado y nada espontáneo. Por decirlo rotundamente, responde a unas razones, diseño y pauta de comportamiento con raíces antiguas y bien documentada en la política exterior y de seguridad estadounidense, a antiguos intereses geopolíticos y materiales en la zona, y a cambios más recientes en su doctrina sobre intervenciones armadas humanitarias.

**Tesis quinta.** La extensión y carácter cuasiomniabarcador de las regulaciones, órdenes, memorándums y noticias públicas emanadas de la APC —así como a las actuaciones a que dieron cobertura— muestra sin duda alguna que se ha intentado cambiar de forma muy significativa el marco jurídico-político de Iraq, erosionando su soberanía, alejando a sus ciudadanos del derecho a decidir por si mismos la naturaleza y funcionamiento de su sociedad e, incluso, favoreciendo —por acción u omisión— un eventual cambio de la naturaleza territorial y de las fronteras del país.

**Tesis sexta.** En el terreno de los derechos humanos, de las personas, de las relaciones sociales o del patrimonio cultural e histórico, la actuación y omisión de la APC, junto a lo ya acaecido durante las operaciones armadas, como pronto pondrán de manifiesto los testigos y comparecientes, constituye en mi opinión motivo para fundamentar sin ninguna duda cargos e inculpaciones.

Hasta aquí, las seis tesis, que presento como relator presunto. Habida cuenta del carácter contenido de mi intervención, me limitaré, para acabar, a ampliar algo las tesis cuarta, quinta y sexta.

### III. Las tesis tercera, cuarta, quinta y sexta: una mirada más atenta

Veámoslo, pues, telegráficamente, a modo de breves afirmaciones.

En cuanto a la tesis tercera, la responsabilidad de las potencias del cs tras el fin de la agresión está sustentada en los siguientes hechos:

- a) La resolución 1483 (2003), con la única abstención de Siria y el voto interesado de Francia, Alemania, Rusia y China, reconoce la existencia de la guerra (no hizo eso la resolución convalidadora análoga 1244 (1999) para el caso de Yugoslavia) y llama a Reino Unido y a Estados Unidos potencias ocupantes y les recuerda sus obligaciones, aunque luego las denomine “Autoridad” sin adjeti-

vo de “ocupante”. Dicha resolución legaliza la situación de los coadyuvantes, Estados no agresores como Polonia, España, etc., pero que colaboran con la autoridad. Se han señalado ya muchos elementos inquietantes de la resolución: el hecho de no mencionar el ilícito previo o el nombramiento de un representante especial de la ONU, pero hay uno que merece especial atención. Aludo al hecho de que el apartado 10, contraviniendo, según los *iusinternacionalistas*, el cuarto Convenio de Ginebra (que no autoriza al ocupante a hacerse cargo de los recursos naturales del ocupado), levanta las sanciones económicas (salvo el comercio de armas), permite a la autoridad ordenar los desembolsos de los recursos del Fondo para el Desarrollo de Iraq (FDI), que transfiera seis meses después de la aprobación de la resolución la responsabilidad del programa Petróleo por alimentos a la autoridad ocupante y, en suma, poner fin a la actividad de observación y supervisión al respecto de la ONU. La ONU le entrega su propia administración de los recursos del territorio al ocupante militar.

- b) Dicho de forma clara y concisa: Las Naciones Unidas se identifican con el ocupante y, mediante el voto en el Consejo, las grandes potencias le endosan la ilegalidad a la ONU, dejando inmunes a los agresores.
- c) La posterior Resolución, 1511 (2003), de 16 de octubre de 2003, sobre la situación entre Iraq y Kuwait, aprobada por unanimidad (es decir, sin la anterior abstención de Siria), ya ni siquiera habla de ocupantes: aparece la APC, con atribuciones, responsabilidades y obligaciones (en “virtud del Derecho Internacional aplicable”) que cesarán cuando exista un Gobierno representativo y reconocido internacionalmente. Además, se da a esa autoridad el carácter de fuerza multinacional, que, de manera increíble si me permiten saltarme el compromiso de ser contenido, autoriza a los mismos que ocuparon ilegalmente un territorio su presencia con carácter retroactivo, incluyendo “todas las medidas necesarias para contribuir al mantenimiento de la seguridad y la estabilidad en Iraq”. Asimismo, ya no hay ocupantes y no ocupantes, sino tropas todas ellas parte de esa fuerza multinacional.
- d) El tercer acto, aún más claro y explícito si cabe, se da con la Resolución 1546 (2004), de 8 de junio de 2004, también aprobada por unanimidad. En ella se considera que la presencia de la fuerza multinacional obedece a la “solicitud del Gobierno provisional de Iraq”, dice que el 30 de junio de 2004 acabará la ocupación, se disolverá la APC e Iraq será plenamente soberano, levantando incluso el bloqueo de armas y materiales conexos. De hecho, unos días antes marchó físicamente el administrador estadounidense.

Se había culminado, para erosión del derecho y de los principios de la sociedad internacional, el proceso de legitimación *ex post ipso* de una importante vulneración de la CNU que, además, en el considerando 17 dice tomar nota de compromiso de todas las fuerzas con el Derecho Internacional, incluidas las obligaciones emanadas del Derecho Internacional humanitario, sin citar, empero, los brutales crímenes de guerra cometidos por militares estadounidenses, en particular en Abu Ghraib, ya conocidos por la opinión pública en el momento en que se aprueba la tercera resolución.

La tesis cuarta expone las raíces y motivos de la actuación de la APC y de los Estados Unidos. En efecto, esa actuación hunde sus raíces en:

- el antiguo pacto con la dinastía saudí, establecido en los años cuarenta, que debía garantizar el suministro de petróleo a cambio de seguridad;
- en la explicitación, mediante directiva del Consejo Nacional de Seguridad estadounidense aprobado durante la presidencia de Carter, de que garantizar el suministro de petróleo procedente de la zona del Golfo se considera un interés nacional prioritario y básico, que justifica incluso la intervención armada;
- en la doctrina que limita y justifica las intervenciones armadas humanitarias en el contexto de las directrices que guían el uso de la fuerza militar, que, en la etapa Reagan-Bush, se inicia con la doctrina Weinberger (1984), en la nueva versión realizada por Colin Powell (a la sazón presidente de la Junta de Jefes de Estado Mayor) en 1992 y que, posteriormente, cambiará Clinton con su Directiva presidencial 25;
- en los planes para invadir Iraq, analizando los diversos escenarios y el comportamiento y los cambios y órdenes a establecer tras la ocupación, que se preparan o se piensan parcialmente ya en la etapa de Clinton, pese que al final se opte por no intervenir;
- por último, en los cambios derivados de las doctrinas inspiradas por los *neocón* y por los cambios en la concepción de la seguridad y defensa que se explicitan tras el 11 de septiembre de 2001 y, más en concreto, en la nueva Estrategia Nacional de Seguridad, la que consagra la famosa defensa anticipatoria.

No hay pues ninguna improvisación, en la medida en que muchos de los planes e ideas acerca de cómo actuar llevaban tiempo siendo comentados por analistas e incluso en medios de comunicación. Ventajas de la libertad de prensa y del sano ejercicio de la disidencia.

En la tesis quinta, el resultado de la actuación de la APC en el marco jurídico-político supone un cambio en dicho marco y un socavamiento brutal de la soberanía del país, en consecuencia de los acontecimientos siguientes:

- a) Se elaboran y publican regulaciones que definen las instituciones y autoridades de la autoridad entre el 16 de mayo de 2003 y el 24 de junio de 2004. Las regulaciones van desde los fondos para el desarrollo, al derecho de la propiedad y las reclamaciones al respecto, pasando por la coordinación internacional, la ayuda y asistencia internacionales y el nombramiento del Gobierno provisional.
- b) Se elaboran y publican un centenar de órdenes, instrucciones o directivas vinculantes para los ciudadanos iraquíes, que modifican el derecho del país y tienen consecuencias penales. Entre ellas, las órdenes relativas al proceso de desbaascificación, control de armas, disolución de entidades, reglamentación de los viajes al extranjero por motivos académicos, establecimiento del Ejército, bancos, ministerios, cuerpos de defensa civil o regulación de la distribución del petróleo.
- c) Añádase a ello casi una veintena de memorándums, es decir, documentos que amplían lo que establecen regulaciones u órdenes, creando o ajustando los procedimientos y formas que deben aplicarse a una orden o regulación. Por último, las noticias o comunicados públicos, una forma de exponer públicamente las intenciones del administrador de la APC, que pueden instar a seguir ciertas medidas de seguridad, que, eso sí, no tienen consecuencias penales.

En suma, visto globalmente, impresiona la amplitud de lo legislado y dispuesto, en cantidad y por el alcance de los aspectos políticos, económicos, jurídicos y sociales que se contemplan y regulan. A los conocedores de la historia y de la política internacional, la amplitud de los planes de cambio, no implementados en su totalidad, nos recuerda la posición defendida por Henry Morgenthau al discutir el futuro de Alemania tras la segunda guerra mundial, el programa —finalmente no implementado en su totalidad— de las tres D, desnazificación, desgermanización, desindustrialización, para convertir Alemania en un país estrictamente agrario. No se llegó a pensar en tanto, pero sí que se fagocitó, más allá de lo permitido a la autoridad ocupante por el Derecho Internacional aplicable, la soberanía de un país, el marco jurídico-político vigente y, con ello, las relaciones sociales tradicionales y los derechos y la vida cotidiana de la ciudadanía.

Un olvido estentóreo y culpable del buen consejo de Karl Jaspers: “Las reformas solo pueden tener sentido cuando detrás de ellas hay una ética eficaz”. Aquí hemos visto que esa ética o bien ha brillado por su ausencia, o bien ha sido fagocitada por el interés nacional o, por acuñar un eufemismo, por el interés coaligado.

Tesis sexta: El resultado en la sociedad iraquí

Sabemos que los resultados no han sido buenos, pero mejor que eso lo conozca el Tribunal de primera mano.

Solo me restan dos cosas:

Primero, recordar, como ciudadano y académico, las palabras de Isaiah Berlin, escritas al analizar el fuste rocido de la humanidad, “no podemos hacer más de lo que podemos, pero eso hemos de hacerlo, pese a las dificultades”.

Segundo, como ciudadano cosmopolita y ser dotado de principios, pedir, pedirles, perdón por lo que —pese a mis deseos, quejas y protestas— dijeron hacer en mi nombre.

21 de mayo de 2005

# **Las resoluciones 678 (1990) y 1441 (2002) del Consejo de Seguridad y los conflictos armados contra Iraq (1991 y 2003)**

**JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ**

**Profesor titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Girona.**

**Miembro del grupo de investigación sobre Gobernabilidad, Gobernanza  
y Organización Mundial. Universidad de Lleida**

SUMARIO: I. Introducción. II. El sistema de seguridad colectiva de la Carta de Naciones Unidas como excepción a la prohibición del recurso a la fuerza armada: 1. El poder discrecional político del Consejo de Seguridad en la calificación de los hechos y la ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional; 2. Las medidas previstas en el sistema de seguridad colectiva; 3. El ejercicio de las acciones que implican el uso de la fuerza armada. III. La Resolución 678 (1990) como origen de una nueva práctica: 1. La Resolución 678 (1990) y la aplicación de las medidas coercitivas de fuerza armada; 2. La Resolución 678 (1990) y el Comité de Estado Mayor; 3. La nueva práctica: legitimación del uso de la fuerza armada mediante una autorización del Consejo de Seguridad. VI. El uso de la fuerza armada contra Iraq: La Operación Libertad Iraquí: 1. Un precedente en el ejercicio unilateral del uso de la fuerza armada: la OTAN; 2. El unilateralismo de los Estados Unidos y el uso de la fuerza armada contra Iraq; 3. Las polémicas bases legales del uso de la fuerza armada contra Iraq: la Resolución 1441 (2002) y la vigencia de la Resolución 678 (1990).



## I. Introducción

A finales del siglo pasado e inicios del presente, Iraq ha sido objeto de dos intervenciones militares rodeadas por la polémica. La primera fue como consecuencia de la invasión, ocupación y anexión iraquiana de Kuwait el día 2 de agosto de 1990. La segunda, en principio, fue resultado del incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Iraq en la Resolución 687 (1991), de 3 de abril de 1991, del Consejo de Seguridad (cs), que ponía oficialmente fin al conflicto armado de 1990. El 16 de enero de 1991 y el 21 de marzo de 2003 se iniciaron dos conflictos armados que han dado lugar a numerosas controversias doctrinales en el seno del Derecho Internacional como consecuencia de las diferentes interpretaciones realizadas sobre las Resoluciones 678 (1990) y 1441 (2002) del cs.

El debate en torno a la Resolución 678 (1990), de 29 de noviembre de 1990, se centró en el hecho de establecer si la aplicación de las medidas que implicaban el uso de la fuerza se llevó o no a cabo de conformidad con la Carta de Naciones Unidas. En este sentido cabe recordar las declaraciones del Secretario General, Pérez de Cuellar, afirmando que en las Naciones Unidas “no se conocen las acciones de guerra de los aliados” y que “no se trata de una guerra de las Naciones Unidas”<sup>1</sup>. A partir de ahí, la doctrina iusinternacionalista adoptó diferentes posturas respecto a la intervención armada contra Iraq.

Cuestión distinta es el debate sobre la Resolución 1441 (2002) de 8 de noviembre de 2002. En este caso, la polémica se centraba en si la citada Resolución permitía el uso de la fuerza armada contra Iraq. Al respecto, el Secretario General, Kofi Annan, había advertido que “si Estados Unidos actuara fuera del cs y emprendiera una acción militar, no estaría actuando en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”<sup>2</sup>.

Desde un punto de vista general, como puede advertirse, las dos crisis y los dos conflictos armados indicados —al igual que todas las crisis y conflictos armados— afectan a la paz y seguridad internacionales en tanto que “son en la actualidad un valor incorporado al Derecho Internacional, cuya referencia aparece como justificación de gran parte de sus normas e, incluso, virtualmente como instancia legitimadora de todo el sistema jurídico internacional, desde sus principios generales a los mecanismos para su aplicación y cumplimiento; percepción esta última cuya máxima expresión jurídica positiva está formalizada en la Carta de las Naciones Unidas”<sup>3</sup>. Sin embargo, como pone de manifiesto Torres Bernardez, “en la historia de las Naciones Unidas la desconfianza, el antagonismo y los enfrentamientos abiertos entre miembros permanentes del Consejo de Seguridad han sido una rémora para el logro de los Propósitos de la Organización y, de modo muy particular, para la contribución de las Naciones Unidas a la consecución

---

<sup>1</sup> “Una guerra de la ONU hubiera sido una guerra que se hubiera decidido dentro del contexto del artículo 42 de la Carta, y no es el caso. Se ha hecho una formulación un poco intermedia” (*El País*, 24 de febrero de 1991).

<sup>2</sup> *El País*, 11 de marzo de 2003.

<sup>3</sup> Abellán Honrubia (1993): “La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: fundamento jurídico y discrecionalidad política” en Manuel Pérez González: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid: Editorial Tecnos: 3.

de lo que constituye su principal Propósito fundacional: el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”<sup>4</sup>. En efecto, la situación existente en el seno del cs, fruto de las relaciones entre los miembros permanentes, era reflejo de la dinámica propia de la denominada guerra fría y política de bloques: los intereses nacionales propios de dichos Estados y los resultantes de los dos sistemas políticos e ideológicos imperantes mediataron la función relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales del referido órgano y, en consecuencia, tal función paso a ser una cuestión de equilibrio entre las dos grandes potencias mundiales.

Actualmente la situación internacional ha sufrido unas profundas transformaciones y mutaciones que han propiciado la aparición de un nuevo escenario mundial. La nueva situación resultante en el panorama internacional<sup>5</sup>, así como las nuevas relaciones entre los miembros permanentes del cs<sup>6</sup>, ha incidido de forma directa en las pautas político-ideológicas operantes en el seno del citado órgano, ya que en estos instantes la actitud y actuación de dichos miembros a la hora de aplicar el capítulo VII es muy distinta a la que existía con anterioridad a las transformaciones operadas en la sociedad internacional. Como es lógico, la nueva situación ha posibilitado que las Naciones Unidas participen de manera activa en la solución de diferentes situaciones y conflictos internacionales<sup>7</sup>, que hasta entonces parecían ser intocables y fuera del alcance de la Organización (p. ej. Afganistán, Camboya, Namibia, etc.) y, de esta forma, la discrecionalidad del cs, en tanto que órgano político, puede conducir a la adopción de decisiones (obligatorias) y recomendaciones (no obligatorias) en el ámbito del capítulo VII cuando este lo crea oportuno y necesario, pues no existe al respecto ningún límite en la Carta. Ahora bien, como advierte Rodríguez Carrión, “la capacidad del Consejo de Seguridad de asumir

---

<sup>4</sup> Torres Bernárdez (1993): “Perspectivas en la contribución de las Naciones Unidas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: comentarios y observaciones sobre la declaración de los miembros del Consejo de Seguridad de 31 de enero de 1992” en Manuel Pérez González: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid: Editorial Tecnos: 727.

<sup>5</sup> Sobre la dinámica de cambio de la sociedad internacional, cfr. Arenal Moyúa (1993): “El nuevo escenario mundial y la teoría de las relaciones internacionales” en Manuel Pérez González: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid: Editorial Tecnos: 79 y ss.; Arenal Moyúa (2001): “La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: un reto para la teoría y la práctica” en Francisco Aldecoa Luzárraga: *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao: Editorial Universidad del País Vasco. Servicio editorial; Arenal Moyúa y Najera (1991): *La Comunidad Iberoamericana de Naciones. Pasado, presente y futuro de la política iberoamericana de España*, Madrid: Centro de Español de estudios de América Latina: 398 y ss; Carrillo Salcedo, J (1984): *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, Madrid: Editorial Tecnos; Carrillo Salcedo, J (1987): *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*, Madrid: Editorial Tecnos; Mesa, R.: “Factores de paz y elementos de crisis en la sociedad internacional contemporánea”. *Revista de Estudios Internacionales*, vol. VII, 4.

<sup>6</sup> Sánchez Rodríguez (1997): “La reforma de las Naciones Unidas: algunas reflexiones” en Carlos Fernández de Casadevante y Francisco J. Quel López: *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Barcelona: Editorial Ariel: 24 y ss.

<sup>7</sup> Carrillo Salcedo (1987): “Las Naciones Unidas entre 1945 y 1986” en ONU: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. XIII: 11 y ss.; Coderch Planas (1997): “Cambios en la sociedad internacional y su reflejo en Naciones Unidas” en Carlos Fernández de Casadevante y Francisco J. Quel López: *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Barcelona: Editorial Ariel: 9 y ss.; Arenal Moyúa (1995): “Cambios en la sociedad internacional y organización de las Naciones Unidas” en Escuela Diplomática (España): *Jornadas sobre el cincuenta aniversario de las Naciones Unidas*, Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores, Centro de publicaciones: 7 y ss.

su responsabilidad primordial viene determinada por el condicionamiento del proceso de adopción de decisiones establecido en el artículo 27.3 de la Carta o, dicho en otras palabras, en el derecho de veto de las grandes potencias”<sup>8</sup>.

En los supuestos en que se tomen medidas colectivas de fuerza armada decididas o recomendadas por el CS debería estar en presencia de un uso institucionalizado de la fuerza que actuase como respuesta colectiva e institucionalizada de la sociedad internacional. Ahora bien, la práctica y la realidad ponen de manifiesto que el sistema de seguridad colectiva previsto por la Carta<sup>9</sup> no ha funcionado, puesto que se ha encontrado siempre mediatizado por diferentes circunstancias (por ejemplo, el veto) o por la voluntad política de la única superpotencia militar existente en estos momentos en la sociedad internacional (Estados Unidos). Así, en palabras de Gutiérrez Espada, cabe decir,

pero como Bella, la princesa del cuento, el sistema previsto entró en un profundo sueño muy poco después de adoptada la Carta. El sistema, en efecto, fracasó. Y es que su correcto funcionamiento reposaba en el entendimiento de los miembros permanentes del CdS. Cuando los dos más importantes trocaron la pipa de la paz que habían estado fumando por el hacha de guerra, aunque se tratase de una guerra fría, el sistema de seguridad colectiva chirrió, giró sobre sí mismo y quedó sumido en el sopor de un conjuro maléfico:

— Nunca llegaron a concertarse entre los Estados miembros y el Consejo de Seguridad los “convenios especiales” a los que alude el artículo 43.

— Los Estados miembros no prepararon los contingentes nacionales dispuestos para la adopción de medidas militares urgentes (artículo 45).

— El Comité de Estado Mayor nunca fue operativo.

— El desacuerdo entre Occidente y el grupo de Estados “socialistas” muy al poco de la entrada en vigor de la Carta, provocó la frecuentísima utilización del derecho de veto de los cinco miembros permanentes del CdS y la consiguiente ineficacia del sistema de seguridad colectiva<sup>10</sup>.

La invasión, ocupación y anexión iraquí del territorio de Kuwait y la posterior Resolución 678 (1990) adoptada por el CS marca el inicio de una nueva era en la capacidad del CS para hacer frente a situaciones que impliquen amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. A partir de dicha resolución, el sistema de seguridad colectiva se hace operativo pero de una manera desnaturalizada como consecuencia del inicio de una nueva práctica que, si bien es conforme a la Carta, no responde a la idea original de tal sistema. El CS perdió la oportunidad histórica de hacer realidad el sistema de seguridad colectiva instituido en el capítulo VII de la Carta y, de esta manera, las Naciones Unidas no actuaron en el conflicto armado del golfo Pérsico como una verdadera instancia de autoridad internacional.

---

<sup>8</sup> Rodríguez Carrión (2002): *Lecciones de Derecho Internacional público*, Madrid: Editorial Tecnos: 613.

<sup>9</sup> Al respecto, cfr. Gutiérrez Espada (1996): “El sistema de seguridad colectiva en los albores del siglo XXI (o el cuento de la Bella Durmiente)” en *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid: Boletín Oficial del Estado: 165 y ss.

<sup>10</sup> *Op. cit.* Gutiérrez Espada, 1996: 167-168.

Ante la actuación de Iraq, el mismo día 2 de agosto de 1990, el cs exigió al gobierno iraquí que se retirara del territorio de Kuwait (Resolución 660) y, posteriormente, no solo adoptó una serie de sanciones económicas contra dicho Estado en el marco del artículo 41 de la Carta (Resolución 661), sino que autorizó un uso mínimo de la fuerza (bloqueo) en orden al cumplimiento de tales sanciones (Resolución 665). Por último, ante la inadecuación de las sanciones económicas, afirmada por Estados Unidos y sus aliados, el cs autorizó la utilización de “todos los medios necesarios” para hacer cumplir sus resoluciones anteriores (Resolución 678).

Curiosamente, mientras en la Resolución 665 se hacía una referencia expresa a la autoridad del cs y se pedía a los Estados interesados que coordinasen sus acciones mediante “el mecanismo del Comité de Estado Mayor”, en la Resolución 678 se omitía tales indicaciones y únicamente se pedía a los Estados que mantuviesen periódicamente informado al cs. El sistema de seguridad colectiva previsto en la Carta fue abandonado hace muchos años y, después de esta resolución, siguió abandonado en su espíritu, ya que si bien las medidas del artículo 42 se aplicaron conforme a la legalidad de la Carta, la citada resolución contenía, en palabras del entonces secretario general, una formulación intermedia que suponía el origen de una nueva práctica en la materia.

Doce años y tres meses después del primer conflicto armado contra Iraq, a las 03.35 (hora peninsular española) del día 21 de marzo del 2003, hora y media después de cumplido el ultimátum lanzado por el presidente de los Estados Unidos al Iraq, dio comienzo la Operación Libertad Iraquí<sup>11</sup> y, de esta forma, dicho país y sus aliados utilizaban la fuerza armada contra un Estado soberano y miembro de las Naciones Unidas. Una acción militar polémica, y contraria a la opinión pública<sup>12</sup> de todos los continentes, que únicamente ha sido posible gracias a la debilidad y carencias de las Naciones Unidas<sup>13</sup> propiciadas por los propios Estados miembros, especialmente los que detentan representación permanente en el cs. No hay que llamarse a engaño, las Naciones Unidas no han fracasado por no haber impedido el uso de la fuerza armada

---

<sup>11</sup> Entiende Carlos Sentis que “para comprender en corto y raso la posición estadounidense no hay más que evocar la guerra del Golfo (1991), en cuya segunda parte estamos ahora. Fue un asunto inacabado. Como se recordará, las fuerzas norteamericanas, que ya habían desalojado a los iraquíes de su ocupación de Kuwait, querían prolongar 48 horas más su acción militar para llegar hasta Bagdad y eliminar de cuajo el régimen de Saddam Hussein. Esta segunda parte, que no estaba prevista, no se pudo hacer por la oposición de algunos países. [...] El mandato de la ONU se limitaba a la expulsión de los iraquíes de Kuwait. Los americanos, en aquella primera guerra del Golfo, tuvieron el apoyo de casi todo el mundo. No aprovecharon la oportunidad de eliminar a quien ya había demostrado su tiranía y la utilización de armas químicas” (Sentis [2003, 21 mar]: “La suerte está echada”, *La Vanguardia*).

<sup>12</sup> Escribe Weiler, director de la cátedra Jean Monnet en la Universidad de Nueva York, que Estados Unidos ha fracasado “a la hora de adueñarse del terreno moral. Uno no puede ir por el mundo defendiendo la democracia y al mismo tiempo mostrar desdén hacia los puntos de vista de la opinión pública, sin entender que esos puntos de vista, en las democracias, forjan las actitudes y las acciones de los Gobiernos. Desde Vietnam no se había visto semejante antiamericanismo, ni tan legítimo” (Weiler [2003, 20 mar]: “Debacle: una anatomía”, *El País*).

<sup>13</sup> Como sostiene el sociólogo Michel Wieviorka, “en materia internacional, la oposición a la guerra ha confirmado los límites de la Organización de las Naciones Unidas, impotente en última instancia frente a la voluntad de Estados Unidos y ahora se encuentra en una posición de debilidad por haber sido el teatro de la resistencia al proyecto de una acción militar contra Saddam Hussein y el lugar de la derrota diplomática estadounidense, así como de los dirigentes británicos y españoles” (*La Vanguardia*, 20 de marzo del 2003).

contra Iraq<sup>14</sup>: el CS no se ha doblegado ante los intereses partidistas norteamericanos y buena prueba es que la acción perpetrada la madrugada del día 21 es unilateral y no colectiva<sup>15</sup>. Por otra parte, a la vista de los países que apoyan la acción militar, como dijo Lawrence Korb, viceministro de defensa con Ronald Reagan, “esta coalición [la desplegada en el golfo por Estados Unidos y sus aliados] es más un escaparate que una realidad. Esta no es la guerra del Golfo de su padre”<sup>16</sup>.

En fin, escribía Boutros Boutros-Ghali que:

uno de los logros de la Carta de las Naciones Unidas fue facultar a la Organización para que pudiera adoptar medidas coercitivas contra los responsables de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión. Ahora bien, ni el Consejo de Seguridad ni el Secretario General tienen actualmente capacidad para desplegar, dirigir, mandar y controlar operaciones para aplicar esas medidas, con excepción, quizás, de operaciones de muy pequeña escala. A mi juicio, convendría, a largo plazo, que las Naciones Unidas contaran con esa capacidad. Sería insensato tratar de crearla ahora, cuando la Organización carece de recursos y se encuentra presionada al máximo para desempeñar las funciones, que exigen menos esfuerzos, de establecimiento y mantenimiento de la paz que se le han encomendado<sup>17</sup>.

## **II. El sistema de seguridad colectiva de la Carta de Naciones Unidas como excepción a la prohibición del recurso a la fuerza armada**

En la esfera de la reacción institucional deben enmarcarse las medidas de presión adoptadas por las organizaciones internacionales en el marco de sus competencias y, en este contexto, las Naciones Unidas tienen competencias para intervenir y actuar en toda situación, conflicto o controversia que pueda poner en peligro la paz y seguridad internacionales (capítulo VII), así como en los casos de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión (capítulo VIII), pudiendo desde este último capítulo recurrir a una amplia gama de sanciones, incluida la utilización de la fuerza armada. Así pues, el recurso a la fuerza está prohibido en las relaciones internacionales, pero no todo el uso de la fuerza es contrario al Derecho Internacional y, de esta forma, cabe afirmar la existencia de excepciones a la referida prohibición; es decir, bajo determinadas condiciones el uso de la fuerza está permitido por la normativa internacional. Una de estas excepciones es la prevista en el capítulo VII de la CNU: el CS podrá decidir o recomendar la utilización de la fuerza armada, bajo su autoridad y con la ayuda del Comité de Estado Mayor integrado por los Jefes de Estado Mayor de los miembros permanentes

---

<sup>14</sup> Joschka Fischer, ministro alemán de asuntos exteriores, ha declarado que “el Consejo de Seguridad no ha fracasado. Debemos luchar contra este mito” (*El País*, 20 de marzo del 2003). Sobre esta cuestión, cfr. García-Petit (2003, 22 mar): “Les Nations Unides han resistit la pressió”, *Avui*; July (2003, 22 mar): “Salvar a la ONU”, *El Mundo*.

<sup>15</sup> Como advirtió el ministro alemán de asuntos exteriores, Joschka Fischer, “el Consejo de Seguridad no es responsable de las acciones al margen de la ONU” (*La Vanguardia*, 20 de marzo del 2003).

<sup>16</sup> En palabras de Colin Powell se trata de una “coalición de voluntarios” (*El Mundo*, 20 de marzo del 2003).

<sup>17</sup> Boutros-Ghali (1995): *Un programa de paz*, Nueva York: 31-32.

del cs (artículos 45, 46 y 47 de la Carta) y, de este modo, Naciones Unidas organiza un sistema de seguridad colectiva.

### **1. El poder discrecional político del Consejo de Seguridad en la calificación de los hechos y la ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional**

El artículo 24.1 de la Carta dispone que “a fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al cs la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el cs actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad”. Así pues, tras conferir al cs la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, los Estados realizan una auténtica delegación de poder en favor del cs. Por su parte, el apartado 2 señala que “en el desempeño de estas funciones, el cs procederá de acuerdo con los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Los poderes otorgados al cs para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los capítulos vi, vii, viii y xii”, es decir, establece los poderes otorgados al cs para el desempeño de tales funciones.

El artículo 39 de la Carta dispone que “el Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”. Este órgano actúa cuando entiende que concurre alguno de los tres supuestos indicados por el precepto glosado y tendrá una competencia exclusiva para calificar (“El Consejo de Seguridad determinará [...]”) los diferentes supuestos existentes como “amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”. Con base en este marco jurídico, desde la práctica, se ha producido una ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales<sup>18</sup>, pues ya no solamente viene referido para los usos de la fuerza armada en la esfera internacional<sup>19</sup>, sino que abarca los derechos humanos<sup>20</sup> y los enfrentamientos armados en el interior de un Estado<sup>21</sup>. Estos casos pueden ser calificados por el cs de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz, o actos de agresión y aplicar los poderes que le confiere el capítulo vii<sup>22</sup>.

Como puede observarse desde la práctica, en la actualidad la aplicación del capítulo vii de la Carta ya no solo se reduce a los casos de uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales, sino que es susceptible de ser invocado y aplicado en otros supuestos como consecuencia de la ampliación de la función de mantenimiento de la paz y segu-

---

<sup>18</sup> Fernández de Casadevante Romaní (1997): “El poder y el Derecho en las Naciones Unidas: la discrecionalidad del Consejo de Seguridad” en *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Barcelona: Ariel: 40 y ss.

<sup>19</sup> Por ejemplo, la guerra de agresión de Iraq sobre Kuwait.

<sup>20</sup> Por ejemplo, resoluciones 217 (1965) sobre Rodesia del Sur y 282 (1970) sobre África del Sur; la libre determinación de los pueblos: por ejemplo, Resoluciones 217 (1965) y 232 (1966) sobre Rodesia del Sur.

<sup>21</sup> Por ejemplo, la Resolución 713 (1991) sobre Bosnia-Herzegovina.

<sup>22</sup> Al respecto, la declaración de los miembros del cs de 31 de enero de 1992, doc. S/23500. Cfr. *op. cit.* Torres Bernárdez, 1993: 727 y ss.



ridad internacionales: el cs puede calificar de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz, o actos de agresión, y aplicar los poderes que le confiere el capítulo VII, “a supuestos en que se vulnere el principio de prohibición del uso de la fuerza armada (art. 2.4), o el de libre determinación de los pueblos (art. 1.2) o el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales sin distinción de raza, sexo, idioma o religión (art. 1.3)”<sup>23</sup>.

El cs tiene un poder discrecional establecido en el marco de la Carta para seleccionar los hechos y situaciones, tanto internacionales como internas, y calificarlas de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y aplicar las medidas previstas en el capítulo VII. En atención a este planteamiento, cabe concluir que en casos similares mientras en unos el cs no ha utilizado su poder discrecional de selección y calificación, si que lo ha utilizado en otros. Se trata, por tanto, de una cuestión de mera discrecionalidad. Esta discrecionalidad es el resultado de que el cs lleva a cabo lecturas políticas tanto de la Carta como de las diferentes resoluciones de la AG.

La circunstancia apuntada en el párrafo precedente puede ejemplificarse de forma muy clara con las crisis de Iraq-Kuwait<sup>24</sup>, por un lado, y la crisis haitiana<sup>25</sup>, por otro. En virtud del artículo 39 de la Carta, el cs calificó la acción iraquí sobre Kuwait como “quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales” (Resolución 660 [1990]) y la situación desencadenada en Haití de “amenaza a la paz y seguridad en la región” (Resolución 940 [1994]), para encuadrar dichos supuestos en el capítulo VII de la Carta. Al calificar el cs como “quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales” la acción iraquí esta incurriendo en una calificación “a la baja”.

El artículo 2.4 de la Carta dispone que “los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”. En virtud de este precepto, complementado por la definición de agresión<sup>26</sup> contenida en la Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, cabe sostener que un Estado no podrá utilizar sus fuerzas armadas para invadir y ocupar el territorio de otro o atacar sus fuerzas armadas. A la luz de este entorno jurídico y de la actuación iraquí en Kuwait cabe afirmar que Iraq violó el principio de prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales mediante una agresión armada, que es la expresión más grave y caracterizada del empleo de la fuerza. En consecuencia, la acción de Iraq es susceptible de ser calificada de agresión<sup>27</sup>, en tanto que esta última es una forma específica y cualificada del uso ilegítimo de la fuerza armada.

<sup>23</sup> Abellán Honrubia, 1993: 5.

<sup>24</sup> José B. Acosta Estévez (1994): *La crisis de Iraq-Kuwait. Responsabilidad de Iraq y respuesta internacional*, Barcelona: PPU.

<sup>25</sup> Ramón Paniagua Redondo y José B. Acosta Estevez (1994): *La crisis haitiana y Naciones Unidas*, Barcelona: Asociación para las Naciones Unidas en España.

<sup>26</sup> La agresión es definida como “el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia de otro Estado o en cualquier otra forma incompatible con la CNU, tal como se enuncia en la presente definición” (artículo 1).

<sup>27</sup> El comportamiento iraquí ha sido calificado expresamente de agresión militar por numerosas organizaciones internacionales. Así, la Declaración de los Doce, de 2 de agosto de 1990, sobre la invasión de Kuwait por Iraq afirma la preocupación de la Comunidad Europea y sus Estados “por la agresión militar realizada por



En este contexto debe traerse a colación el hecho de que el cs, en virtud del artículo 39 de la Carta, tiene competencia exclusiva para determinar la existencia y la posible calificación de los supuestos de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. Pues bien, aunque la acción iraquí sobre Kuwait fue una clara agresión, en la Resolución 660 (1990) no se utilizó dicho término<sup>28</sup> y, en consecuencia, el cs no llama a Iraq agresor *eo nomine*, sino que, en relación a la acción iraquí, empleó los términos “invasión” y “quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales”. Empero, los actos que originaron el conflicto, como ha quedado patente, constituyen desde la óptica jurídica un supuesto típico de agresión y, de conformidad con las resoluciones 2625 (xxv) y 3314 (xxix)<sup>29</sup> de la AG, un crimen contra la paz que origina la responsabilidad de Iraq. Dichos actos encajan a la perfección en la definición de la agresión incorporada a la resolución citada en último lugar: ¿por qué no ha utilizado el término agresión el cs?

Por el contrario, la calificación realizada por el cs de la situación existente en Haití es “a la alta”, pues parece del todo excesivo pensar que el golpe de Estado acontecido en dicho país pueda constituir “una amenaza a la paz y seguridad en la región”. Los golpes de Estado e implantación de dictaduras militares ha sido una constante en muchas partes del Planeta, y, según Naciones Unidas, nunca han supuesto tal amenaza para el orden regional, pues en tal caso el cs hubiera aprobado con anterioridad resoluciones en este sentido. ¿Por qué el golpe de Estado llevado a cabo en Haití fue calificado tan severamente?

En respuesta a las cuestiones planteadas debe señalarse que, en relación al caso iraquí, la no utilización del término agresión responde a un acto voluntario y consciente del cs en un intento de dejar, como tantas veces ha ocurrido en la práctica de la orga-

---

Iraq contra Kuwait, que es no solo un acto hostil contra un país vecino, sino también un grave atentado contra la paz y la estabilidad en la región”. Asimismo, “condenan enérgicamente el uso de la fuerza por un Estado de las Naciones Unidas contra la integridad territorial de otro Estado”. En igual sentido se pronuncia la Declaración sobre la invasión iraquí de Kuwait de 4 de agosto de 1990; Declaración de los Doce, de 13 de agosto de 1990, sobre la situación en el Golfo; Declaración, de 7 de septiembre de 1990, sobre las relaciones euro-árabes; Declaración conjunta euro-soviética de 26 de septiembre de 1990; Declaración conjunta de la Comunidad Europea y del Consejo de Cooperación del Golfo de 27 de septiembre de 1990; y Resolución del PE, de 12 de septiembre de 1990, sobre la anexión de Kuwait por el Iraq. Los comunicados de la UEO afirmaban de forma expresa que el comportamiento iraquí había sido el propio de una guerra de agresión: Comunicados de 21 de agosto de 1990; y 18 de septiembre de 1990. En la declaración del secretario general del Consejo del Atlántico Norte, Manfred Wörner, de 10 de agosto de 1990, sobre la situación en Kuwait se afirmaba que “la agresión iraquí amenaza la seguridad internacional y la seguridad colectiva de los aliados”. También el comunicado de prensa del secretario general, de 10 de septiembre de 1990, posterior a la reunión ministerial especial del Consejo del Atlántico Norte para analizar la crisis del golfo Pérsico, calificaba el comportamiento iraquí como “una conducta agresiva e intransigente [...]”. Finalmente, al igual que las anteriores organizaciones internacionales, la Liga de Estados Arabes también calificó la actuación iraquí en Kuwait de agresión en los siguientes documentos: Extraordinary Arab summit Conference del 9 al 10 de agosto de 1990; e Iraqi aggression against the State of Kuwait del 30 al 31 de agosto de 1990.

<sup>28</sup> Solamente en la Resolución 667 (1990) el cs califica como actos de agresión “el cierre de las misiones diplomáticas y consulares en Kuwait”, la revocación de “las inmunidades y prerrogativas de que gozan dichas misiones y su personal”, etc.

<sup>29</sup> El artículo 1 dispone que agresión es “el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado” y, en virtud del apartado tercero letra a, también se caracteriza como acto de agresión la “invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado [...] o toda ocupación militar”.

nización, “en la sombra el fundamento jurídico-constitucional de su actuación”<sup>30</sup>. Ahora bien, por otro lado, esta no utilización voluntaria del término agresión a la hora de calificar la acción de Iraq por parte del cs no debe extrañar, pues se trata de un órgano político y no jurídico y, por tanto, su actuación se corresponde con la actuación de un órgano político: la facultad de calificación “está impregnada de consideraciones de tipo político, no solamente por el juego del derecho de veto de sus miembros permanentes, sino también porque la finalidad de su actuación no consiste en restablecer la justicia o el derecho [...] la acción del Consejo tiene por finalidad mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, lo que constituye un objetivo esencialmente político y no de naturaleza formalmente jurídica”<sup>31</sup>.

A la vista de los planteamientos anteriores debe concluirse que el cs ha realizado una lectura política —no jurídica— del capítulo VII de la Carta y, por ello, ha utilizado en la Resolución 660 (1990) los términos “invasión” y “quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales” y en la 940 (1994) la expresión “amenaza para la paz y seguridad en la región”, para encuadrar la acción iraquí y la situación en Haití en el citado capítulo. A la luz de estos dos supuestos, las crisis de Iraq y Kuwait y la de Haití, pueden avanzarse dos consideraciones:

- si el cs entiende que existe una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, su acción no solo alcanza a las situaciones internacionales, como es el caso de Iraq-Kuwait, sino que también llega a las situaciones de carácter interno, como en el supuesto de Haití;
- la calificación realizada por el cs sobre la situación de Haití y la adopción de las medidas posteriores adoptadas por la organización conlleva “en la práctica a una paulatina extensión de sus competencias —del cs— en virtud de una, cada vez más amplia, noción del contenido del mantenimiento de la paz y seguridad internacional”<sup>32</sup>.

Como escriben González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa-maría,

tras el análisis de la práctica del Consejo de Seguridad, es posible mencionar tres conclusiones. En primer lugar, el uso colectivo e institucional de la fuerza no constituye una mera hipótesis jurídica prevista en la Carta de las Naciones Unidas, sino que ya ha sido llevado a la práctica recientemente por el Consejo de Seguridad mediante la adopción de decisiones, que resultan obligatorias para los Estados miembros de acuerdo con el artículo 25. Por otra parte, se perfila idéntica posibilidad respecto a asuntos que siendo, en principio, de la jurisdicción interna de los Estados, ponen en peligro la paz y seguridad internacionales por constituir violaciones graves de los derechos humanos o del derecho humanitario internacional; y este segundo uso de la fuerza no vulneraría el principio de no intervención, pues como dispone explícitamente el artículo 2.7 de la

<sup>30</sup> Fernández Tomás (1989): “El desvanecimiento del sistema de paz y seguridad colectiva de las Naciones Unidas”. *Afers Internacionals*, 17: 11.

<sup>31</sup> Sánchez Rodríguez (1991): “La invasión de Kuwait por Iraq y la acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas” en Francisco Aldecoa Luzarraga (coord.): *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1991*, Madrid: Editorial Tecnos-Universidad del País Vasco: 23.

<sup>32</sup> Abellán Honrubia, 1993: 5.

Carta “este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el capítulo vii”. Esta práctica reciente del Consejo de Seguridad supondría, además, una negativa implícita —pero rotunda— al pretendido derecho individual de los Estados a intervenir militarmente por razones “humanitarias”. En efecto, junto a la arbitrariedad que supone dejar a la calificación individual de los Estados las situaciones que requieren una intervención humanitaria, ello entrañaría un grave desconocimiento de las responsabilidades y competencias que la Carta atribuye al Consejo de Seguridad en esta materia. Por último, el Consejo ha empezado a ocuparse de problemas que por sus características de transnacionalidad afectan a todos los Estados, como ocurre con el terrorismo internacional<sup>33</sup>.

En fin, cabe concluir señalando que, de conformidad con el mecanismo previsto en el sistema de seguridad colectiva, únicamente el cs será el competente para determinar la existencia de algún supuesto de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y recomendará o decidirá qué medidas serán adoptadas para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales.

## 2. Las medidas previstas en el sistema de seguridad colectiva

Una vez realizada la calificación, el cs expondrá sus recomendaciones o decidirá directamente qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para tratar de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales<sup>34</sup>. El mecanismo previsto por estos preceptos le concede una serie de poderes de carácter sancionador que puede ejercer mediante medidas coercitivas que no implican el uso de la fuerza armada (artículo 41) y medidas que si la conllevan (artículo 42), inclusive acciones militares contra el Estado responsable de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o de un acto de agresión, si bien, en relación a los citados preceptos, debe observarse que no hay establecida una jerarquía entre ellos, es decir, el cs podrá aplicarlos de forma indistinta a la vista del supuesto concreto. En consecuencia, como indica Carrillo Salcedo, “la Carta de las Naciones Unidas organiza un *sistema de seguridad colectiva* concebido como conjunto de obligaciones de los Estados Miembros (arts. 24, 25, 45, 48 y 49 de la Carta)” y estos “convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas (art. 25)”<sup>35</sup>.

Conviene señalar que, actuando en conformidad con el artículo 41 de la Carta, el cs “podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrá comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así

---

<sup>33</sup> González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santamaría (2002): *Curso de Derecho Internacional público*, Madrid: Civitas Ediciones: 905.

<sup>34</sup> Se omiten las medidas provisionales contempladas en el artículo 40 de la Carta, pues su incidencia fue nula durante la crisis del golfo Pérsico.

<sup>35</sup> Carrillo Salcedo (1991): *Curso de Derecho Internacional público*, Madrid: Editorial Tecnos: 223.

como la ruptura de relaciones diplomáticas". Al respecto de la afirmación anteriormente expuesta, cabe recordar las siguientes consideraciones: en primer lugar, el catálogo de medidas indicadas en el precepto transcrito son meramente indicativas, pudiendo el cs adoptar otras medidas no citadas de manera expresa en este texto y, en segundo lugar, las medidas tomadas son obligatorias para todos los Estados miembros en virtud del artículo 25 de la Carta.

A título de ejemplo recordatorio, en el caso de la crisis del golfo Pérsico el cs procedió a la aprobación de medidas que no implicaban el uso de la fuerza armada, sanciones económicas. En concreto, el cs aplicó el artículo 41 en primer lugar, pues la Resolución 661, de 6 de agosto de 1990, contenía una serie de medidas de carácter económico y financiero<sup>36</sup> que conllevaban la interrupción total de las relaciones económicas con Iraq<sup>37</sup>, excepto la ayuda médica y humanitaria. En todo caso, debe observarse que, si

---

<sup>36</sup> Según la citada resolución, "todos los Estados impedirán: a) la importación a sus territorios de todos los productos originarios del Iraq o Kuwait que sean exportados desde estos después de la fecha de la presente Resolución. b) Todas las actividades de sus nacionales o en sus territorios que promuevan o tengan por objeto promover la exportación o el transbordo de cualesquiera productos o bienes del Iraq o Kuwait; y cualesquiera transacciones por sus nacionales o por buques de su pabellón o en sus territorios de productos o bienes originarios del Iraq o Kuwait y exportados desde estos después de la fecha de la presente Resolución, incluidas en particular cualesquiera transferencias de fondos del Iraq o Kuwait para atender a esas actividades o transacciones. c) La venta o suministro por sus nacionales o desde sus territorios o mediante la utilización de buques con sus pabellones de cualesquiera productos o bienes, incluidas las armas y cualquier otro tipo de equipo militar, originarios o no de sus territorios, pero excluidos los suministros destinados estrictamente a fines médicos, y, en circunstancias humanitarias, los alimentos, a cualquier persona o entidad en el Iraq o Kuwait, o a cualquier persona o entidad en relación con cualesquiera actividades de sus nacionales o en sus territorios que promuevan o tengan por objeto promover tal venta o suministro de esos productos o bienes". Además, "todos los Estados se abstendrán de poner a disposición del gobierno del Iraq, o de cualquier empresa comercial, industrial o de servicios públicos que opere en el Iraq o Kuwait, cualesquiera fondos o cualesquiera otros recursos financieros o económicos, e impedirán que sus nacionales y cualesquiera personas que se encuentren en sus territorios retiren de estos o pongan de otra manera a disposición de ese gobierno o de esas empresas, cualesquiera de esos fondos o recursos y remitan cualesquiera otros fondos a personas o entidades que se encuentren en el Iraq o Kuwait, con la única excepción de los pagos con fines estrictamente médicos o humanitarios y, en circunstancias humanitarias, los alimentos". Cfr. Ugo Villani (1991): *Lezioni su l'ONU e la crisi del Golfo*, Bari: Caccucci: 29.

<sup>37</sup> Las acciones emprendidas por Estados Unidos, en relación a la imposición del embargo económico previo a la Resolución 661 (1990) contra Iraq se enmarcan en la esfera de las represalias no armadas, ya que las mismas se presentan como la respuesta de los Estados Unidos al acto de agresión iraquí sobre Kuwait. También antes de la aprobación de la citada Resolución, en la reunión del Comité Político de la Comunidad Europea (celebrada en Roma), y en el marco del sistema de cooperación política, se dictaron medidas relativas al embargo de las importaciones petrolíferas procedentes de Iraq y Kuwait, la congelación de los haberes iraquíes en el territorio de los países de la CE, la suspensión de las ventas de armas y material militar a Iraq, de la cooperación con este país y de la aplicación respecto de él del sistema de preferencias generalizadas. Empero, la cuestión a dilucidar es la de si un tercer Estado, un Estado no víctima del hecho ilícito previo puede adoptar medidas de represalia. En este sentido, la CIJ afirmó que "la represalia es un acto de autoprotección del Estado lesionado" (sentencia de 31 de julio de 1928, relativa al asunto de los daños causados en las colonias portuguesas de África del Sur, Recueil, vol. II: 1 026 y sentencia de 27 de junio de 1986, relativa a las actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua, CIJ, Recueil, 1986) y, en consecuencia, no puede ser realizada por un tercer Estado. Ahora bien, en el caso concreto de las medidas adoptadas por los Estados Unidos y otros Estados aliados debe señalarse que, en la práctica, la sociedad internacional no parece que considere en su caso ilícitas las represalias económicas, además las mismas se adoptaron en contra de un acto de agresión —violación de una norma de *ius cogens*— susceptible de ser calificado como crimen internacional. Asimismo, al respecto puede señalarse los siguientes casos: 1) los

bien la aplicación del artículo 41 no ofrece dudas, en la Resolución se utiliza la expresión genérica de “actuando de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas” (Resolución 661 [1990]); es decir, no hace mención expresa del artículo 41 y se limitan a fundamentarse jurídicamente en el capítulo VII de la Carta.

La Resolución 661 (1990) estableció un Comité del CS (Comité de Sanciones), integrado por todos los miembros del Consejo, para el seguimiento de la aplicación del embargo<sup>38</sup>. En la reunión de fecha 17 de agosto de 1990, el Comité de Sanciones adop-

---

Estados miembros de la CE, actuando en el marco de cooperación política, han adoptado las siguientes contramedidas económicas frente a terceros Estados, a saber: a) el Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores, el día 22 de abril de 1980, decidió imponer medidas de embargo contra Irán en respuesta a la captura de rehenes en la embajada de los Estados Unidos en Teherán; b) el 15 de enero de 1980 y el 15 de febrero de 1982 se adoptaron medidas limitando las importaciones desde la URSS como consecuencia de la invasión de Afganistán y el estado de sitio en Polonia, respectivamente; c) el 16 de abril de 1982 se adoptaron medidas de naturaleza económica contra la Argentina por su invasión de las Islas Malvinas; d) el 16 de septiembre y el 27 de octubre de 1986 se adoptaron medidas económicas contra Sudáfrica con ocasión de su contumacia en aplicar la política de *apartheid*; 2) en 1976, los Estados Unidos suspendieron la ayuda militar y económica a Etiopía, Chile y Uruguay por la violación de estos últimos de los derechos humanos; 3) en 1978, los Estados Unidos interrumpieron su ayuda económica y las importaciones provenientes de Uganda por atentar contra los derechos humanos; 4) a raíz del asalto de la embajada de los Estados Unidos en Teherán (1979), Francia, Alemania, Reino Unido, Canadá, Australia y Japón prohibieron la exportación de mercancías con destino a Irán; 5) tras la intervención de la URSS en Afganistán, a partir de 1980, una serie de Estados adoptaron las siguientes medidas: a) Bélgica, Holanda, Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda: suspensión de la aplicación de acuerdos en materia de pesca y restricciones a los intercambios comerciales y b) Estados Unidos: la prohibición de vender tecnología avanzada, el embargo de cereales, reducción de los derechos de pesca concedidos sobre la zona económica exclusiva norteamericana y limitación a las exportaciones de fosfatos; 6) en 1981, como consecuencia de la imposición de la ley marcial en Polonia, los Estados Unidos aplicaron sanciones económicas contra Polonia y la URSS; 7) en 1982, durante el conflicto de las Islas Malvinas, los Estados Unidos, Francia, Alemania, Japón, Canadá, Nueva Zelanda y Australia adoptaron las siguientes medidas contra Argentina: suspensión de los créditos y garantías a la exportación. En los supuestos comentados, las sanciones económicas no se aplicaban en virtud de un mandato expreso de las Naciones Unidas, sino que los Estados citados adoptaban tales sanciones económicas contra Estados acusados de haber violado normas internacionales que afectaban a los intereses fundamentales de la sociedad internacional en su conjunto. A la vista de los ejemplos relatados, cabe observar que la sociedad internacional no parece que considere ilícitas dichas sanciones económicas y, por otra parte, dichos supuestos parecen confirmar la posibilidad de que cualquier Estado, de una forma individual y autónoma, pueda reaccionar contra otro Estado al que le es imputable la violación de una norma de *ius cogens*.

<sup>38</sup> En conformidad con la resolución, el Comité tenía por tarea “a) Examinar los informes sobre la aplicación de la presente resolución que ha de presentar el Secretario General. b) Obtener de todos los Estados más información sobre las medidas que adopten en relación con la aplicación efectiva de las disposiciones de la presente Resolución”. Sin ánimo de realizar un estudio pormenorizado, hay que señalar que la actividad desarrollada por el Comité es susceptible de ser analizada atendiendo a dos momentos diferenciados y cuya separación viene determinada por la Resolución 687 de 2 de abril de 1991. Así, desde el día 6 de agosto de 1990 (en que el CS decide establecer el citado Comité) hasta el día 2 de abril de 1991 (Resolución 687 [1991] que pone fin oficialmente al conflicto armado), el Comité se reunió en treinta y seis ocasiones y a lo largo de dichas reuniones se ocupó de las cuestiones relativas a los informes sobre la aplicación del embargo, las consideraciones humanitarias, la situación de los nacionales de terceros Estados y las medidas contenidas en el artículo 50 de la Carta. En un segundo momento, a partir del 3 de abril de 1991, ante la nueva situación resultante de la finalización oficial del conflicto armado, el Comité pasa a tratar las cuestiones relativas al régimen humanitario, el establecimiento de un sistema de intercambio de alimentos por petróleo y el embargo de armas y el futuro sistema de control y verificación. Por tanto, a medida que el CS va adoptando nuevas resoluciones, el Comité también va adquiriendo nuevas misiones: a) recibir los informes de las actividades llevadas a cabo por los Estados en aplicación del embargo (Resolución 665 [1990] de 25 de agosto [punto

tó los principios procedimentales a seguir en la realización de su tarea: las decisiones del Comité se adoptan por consenso, el Comité aplica un procedimiento simplificado y acelerado de “no objeción” a las peticiones formuladas ante él relativas a materiales y suministros esenciales y el Comité no tiene la obligación general de rendir cuentas ante el Consejo, salvo los informes pertinentes (Resolución 687 de 3 de marzo de 1991 y Resolución 700 de 12 de junio de 1991) en relación al embargo de armas<sup>39</sup>.

El contenido del embargo relativo a los productos alimenticios fue posteriormente matizado por la Resolución 666 de 13 de septiembre de 1990, conforme a la cual “pide que [...] el Secretario General solicite con urgencia y sobre una base de continua información a los organismos pertinentes de las Naciones Unidas, los organismos humanitarios competentes y otras fuentes sobre la disponibilidad de alimentos en el Iraq y Kuwait y que comuniquen periódicamente dicha información al Comité”. Asimismo, según la citada Resolución, en la búsqueda y suministro de esa información debe prestarse especial atención a “los grupos de personas que podrían estar en peor situación, por ejemplo, los niños menores de quince años, las mujeres embarazadas, las madres, los enfermos y los ancianos”. Por último, una vez recibida la información, si el Comité “considera que existen circunstancias en las que hay una necesidad urgente de suministrar alimentos al Iraq o a Kuwait con el fin de mitigar sufrimientos humanos, deberá informar de inmediato al Consejo acerca de su decisión sobre el modo en que se deberá satisfacer esa necesidad”. Con estas excepciones al embargo, el cs cumple con las obligaciones de respeto de los derechos humanos.

Siguiendo con la crisis desatada por Iraq, a la vista del resultado poco alentador de las medidas adoptadas en conformidad con el artículo 41, dada la constante negativa de Iraq a cambiar su postura, el cs decidió aplicar el artículo 42 de la Carta. El citado artículo estipula que “si el Consejo de Seguridad estimase que las medidas de que trata el artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas”.

---

4); b) evaluar constantemente la situación alimentaria en Iraq y Kuwait (Resolución 666 [1990] de 13 de septiembre [punto 5]); c) examinar las peticiones de asistencia recibidas con arreglo a las disposiciones del artículo 50 de la Carta; d) autorizar los vuelos de carácter humanitario (Resolución 670 [1990] de 25 de septiembre [punto 3]); e) recibir las notificaciones sobre el suministro a Iraq de artículos o productos alimenticios y aprobar los materiales y suministros destinados a subvenir a necesidades civiles esenciales o de carácter humanitario (Resolución 687 [1991] de 2 de abril [punto 20]); f) facultad para aprobar excepciones a la prohibición de importar artículos y productos originarios de Iraq (Resolución 687 [1991] de 2 de abril [punto 23]); g) controlar el embargo de armas y supervisar la aplicación de las sanciones conexas a dicho embargo e informar al Consejo (Resolución 687 [1991] de 2 de abril [punto 24]) y Resolución 700 [1991] de 12 de junio [punto 5]); y h) contribuir a la creación y gestión de un mecanismo de intercambio en materia de alimentos y petróleo (Resolución 706 [1991], de 15 de agosto [punto 1 a-b]) y Resolución 712 [1991], de 19 de septiembre [punto 2.4]). Cfr. Koskeniemi (1991): “Le Comité des Sanctions (créé par la Résolution 661 [1990] du Conseil de Sécurité)”. *Annuaire Français de Droit Internationale*, vol. xxxvi: 119 y ss.

<sup>39</sup> Documento S/AC.25/1990/CRP.1.



La Resolución 665, de 25 de agosto de 1990, por la que se autorizó el uso de la fuerza naval limitada para hacer cumplir el embargo<sup>40</sup> contra Iraq, instó a los Estados que “cooperan con el gobierno de Kuwait” a que “utilicen las medidas proporcionadas a las circunstancias concretas que sean necesarias bajo la autoridad del Consejo de Seguridad para detener a todo el transporte marítimo que entre y salga a fin de inspeccionar y verificar sus cargamentos y destinos y asegurar la aplicación estricta de las disposiciones relativas al transporte marítimo establecidas en la Resolución 661 (1990)”, es decir, la Resolución 665 (1990) autorizó un uso mínimo de la fuerza para lograr el bloqueo naval de Iraq y, por tanto, en ella se recoge una medida de carácter coactivo. Asimismo, la citada resolución consagró la práctica inicial llevada a cabo por Estados Unidos<sup>41</sup> y aceptó un hecho consumado: la interdicción naval iniciada por dicho Estado y sus aliados con anterioridad a la aprobación de la resolución. Por tanto, con la Resolución 665 (1990) el cs dio un paso adelante, puesto que a través de la Resolución 661 se adoptaron sanciones económicas obligatorias comprendidas en el artículo 41 de la Carta, mientras que por medio de la Resolución 665 se imponía un bloqueo, medida prevista en el artículo 42. Atendiendo al contenido de la citada resolución se autoriza un uso mínimo o limitado y proporcional de la fuerza subordinado a la autoridad del cs.

La interrupción de las relaciones económicas fue completada por la Resolución 670, de 25 de septiembre de 1990, por la que se pedía el embargo aéreo contra Iraq y se abogaba por la inmovilización de todo navio iraquí sospechoso de haber violado el embargo económico<sup>42</sup>. Así pues, tras el bloqueo naval, pasó también a realizarse un bloqueo del comercio por vía aérea y, para ello, el cs “decide que ningún Estado [...] permitirá a ninguna aeronave despegar de su territorio si la aeronave hubiera de llevar cualquier tipo de cargamento al Iraq o Kuwait o procedente de esos países, excepto si se tratara de alimentos”, además “ningún estado permitirá que ninguna aeronave que haya de aterrizar en el Iraq o Kuwait [...] sobrevuele su territorio” y “decide que cada Estado adoptará todas las medidas necesarias para velar por que ninguna aeronave registrada en su territorio o explotada por un agente que tenga la sede principal de sus negocios o su

---

<sup>40</sup> El cs aprobó el bloqueo marítimo “por el hecho de que el Iraq sigue negándose a cumplir con las resoluciones 660 (1990), 661 (1990), 662 (1990) y 664 (1990), y en particular por la conducta del gobierno del Iraq al utilizar buques de bandera iraquí para exportar petróleo.

<sup>41</sup> Estados Unidos adoptó por su cuenta sanciones económicas, el envió de tropas a Arabia Saudí y actividades de bloqueo con anterioridad a que se aprobaran las correspondientes resoluciones del cs.

<sup>42</sup> En la Resolución 670 (1990) el cs afirma estar “decidido a velar por que se respeten sus decisiones y las disposiciones de los artículos 25 y 48 de la Carta”. El artículo 25 dispone que “los Estados miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta” y, por su parte, el artículo 48 especifica dicha obligación en los siguientes extremos: “1. La acción requerida para llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales será ejercida por todos los miembros de las Naciones Unidas o por algunos de ellos, según lo determine el Consejo de Seguridad. 2. Dichas decisiones serán llevadas a cabo por los miembros de las Naciones Unidas directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que forman parte”. Los preceptos glosados avalan la idea de que, con la Resolución 670 (1990), el cs había adoptado una decisión jurídicamente obligatoria en el ámbito del capítulo vii. Además, el carácter obligatorio es confirmado por el propio texto de la resolución, ya que en caso de incumplimiento el cs “considerará la adopción de medidas dirigidas a ese Estado a fin de impedir tal incumplimiento”.



residencia permanente en su territorio deje de cumplir las disposiciones de la Resolución 661 (1990) y de la presente Resolución”.

Y, posteriormente, el 28 de noviembre de 1990, el cs adoptó la Resolución 678, que autorizaba a los Estados miembros que cooperaban con el gobierno de Kuwait para que “utilicen todos los medios necesarios para hacer valer y llevar a la práctica la Resolución 660 (1990) del Consejo de Seguridad y todas las Resoluciones pertinentes que la siguieron y para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región”. El texto glosado no menciona de forma expresa el término “fuerza”, pero permite a los Estados que cooperan con Kuwait a emplear “todos los medios necesarios” para obligar a Iraq, antes del día 15 de enero de 1991, a cumplir plenamente las resoluciones que anteceden a la presente. Por tanto, puede advertirse que la resolución no excluye el uso de la fuerza, pero tampoco impone la obligación de recurrir a ella; esto es, la frase transcrita establece la posibilidad de usar la fuerza armada contra Iraq. A partir de este momento, las opiniones doctrinales vertidas sobre la citada resolución dieron paso a la polémica sobre la legalidad<sup>43</sup> o ilegalidad<sup>44</sup> de la misma. En estos términos, dicha resolución será legal si no contraviene las disposiciones de la Carta, esto es, dicho de otro modo, si la resolución es conforme a la Carta y, de esta forma, se hace necesario analizar los mecanismos previstos en la Carta para el ejercicio de las acciones que implican el uso de la fuerza armada<sup>45</sup>.

### 3. El ejercicio de las acciones que implican el uso de la fuerza armada

El ejercicio de las medidas del artículo 42 puede llevarse a término por la vía dispuesta en los artículos 43 a 47 o, en su caso, por la del 48. A tenor del apartado 1 de este último artículo “la acción requerida para llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales será ejercida por todos los miembros de las Naciones Unidas o por alguno de ellos, según lo determine el Consejo de Seguridad” y, según su apartado 2 “dichas decisiones serán llevadas a cabo por los miembros de las Naciones Unidas directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de los cuales formen parte”.

El precepto glosado, introduciendo una flexibilidad de acción en favor del cs, reafirma la obligación de los miembros de las Naciones Unidas de ejecutar directamente, y mediante su acción en el seno de los organismos internacionales apropiados de los que sean miembros, las decisiones adoptadas en virtud del capítulo VII de la Carta. El

---

<sup>43</sup> Sobre la legalidad de la Resolución 678 (1990), cfr. Bobbio (1991): *Una guerra giusta? Sul conflitto del Golfo*, Venezia: Marsilio; Franck y Patel (1991): “Un police action in lieu of war: “The old order changeth””. *American Journal of International Law*, vol. LXXXV: 63 y ss.; Luzzatto (1991): “La guerre e il diritto internazionale”. *Il Corriere Giuridico*: 245 y ss.; Schachter (1991): “United Nations law in the gulf conflict”. *American Journal of International Law*, vol. LXXXV: 452 y ss.

<sup>44</sup> Sobre la ilegalidad de la Resolución 678 (1990), cfr. Allegretti (1991): “Guerra del Golfo e Costituzione”. *Il Foro Italiano*, vol. V: 382 y ss.; Falk (1990): “A proposito del mandato delle Nazioni Unite nelle operazioni del Golfo”. *Pace Diritti dell’Uomo Diritti dei Popoli*, 3: 25 y ss.; Rodota (1991, 25 ene): “La legalità della guerra”, *La Repubblica*.

<sup>45</sup> Acosta Estévez y Piñol Rull (1994): “Legitimidad, legalidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza armada contra Iraq”. *Anuario de Derecho Internacional*, t. X.

apartado 1 permite, en el ámbito de los poderes del cs, practicar una cierta discriminación —participación selectiva— entre los miembros de la organización, pues el referido órgano puede requerir únicamente la participación de ciertos Estados a la hora de ejecutar las medidas relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Sobre este artículo, Sánchez Rodríguez escribe que:

las decisiones del Consejo de Seguridad pueden generar acciones de distinta naturaleza, como pone de relieve el artículo 48 de la Carta. De un lado, el Consejo de Seguridad puede requerir una acción general de todos los miembros de las Naciones Unidas o, por el contrario, una acción selectiva llevada a efecto solamente por determinados Estados miembros, aquellos que el Consejo estima más útiles a estos fines. Por otra parte, la acción de los estados miembros concernidos puede ser meramente individual o insertarse también en el plano colectivo de las instituciones especializadas del sistema de Naciones Unidas, actuando en este segundo caso de forma indirecta y convergente con la anterior<sup>46</sup>.

En íntima conexión con el precepto señalado hay que referirse al ya comentado artículo 24 de la Carta que, complementado con el artículo 48, permite afirmar la delegación de una competencia propia del cs en favor de los Estados miembros que ejerzan la acción requerida para llevar a cabo las decisiones del citado órgano para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Así, según el precepto citado en primer término,

1. A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad. 2. En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Los poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los Capítulos VI, VII, VIII y XII.

Según el texto del apartado 1, cabe observar que, tras conferir al cs la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, los Estados miembros “reconocen” que el citado órgano “actúa a nombre de ellos”; es decir, la presente disposición contiene una auténtica delegación de poder de los Estados miembros en favor del cs. Seguidamente, en el apartado 2 se establecen los poderes otorgados al cs para el desempeño de tales funciones. En consecuencia, vistos los artículos 48 y 24 de la Carta, puede afirmarse que la aplicación del primero de ellos implica necesariamente la delegación de una competencia propia del cs en favor de los Estados miembros que ejerzan la acción requerida para llevar a cabo las decisiones del citado órgano para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Delegación que, como tal, debe ir

---

<sup>46</sup> Sánchez Rodríguez (1993): “La acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la invasión de Kuwait por Iraq” en *Derecho Internacional público: problemas actuales*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho: 284.

acompañada de un control<sup>47</sup> por parte del delegante sobre la actuación realizada por el delegado en el ámbito de la competencia delegada. A la vista de los artículos 24, 42 y 48 de la Carta puede concluirse que el cs puede encomendar a los Estados miembros la puesta en práctica de las medidas por él dispuestas.

La otra vía dispuesta para la ejecución de las medidas del artículo 42 se corresponde con el artículo 43 de la Carta:

1. Todos los Miembros de las Naciones Unidas, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando este lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales. 2. Dicho convenio o convenios fijarán el número y clase de las fuerzas, su grado de preparación y su ubicación general, como también la naturaleza de las facilidades y de la ayuda que habrán de darse. 3. El convenio o convenios serán negociados a iniciativa del Consejo de Seguridad tan pronto como sea posible; serán concertados entre el Consejo de Seguridad y Miembros individuales o entre el Consejo de Seguridad y grupos de Miembros, y estarán sujetos a ratificación por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales.

Por consiguiente, el precepto glosado dispone un sistema de convenios especiales a celebrar entre el cs y los miembros de las Naciones Unidas para poner a su disposición las fuerzas armadas<sup>48</sup>. Ante la ausencia de tales convenios cabe preguntarse sobre la virtualidad del referido artículo.

Las posturas existentes al respecto son de lo más variado y, así, cabe observar numerosas tesis que van desde propuestas formalistas que abogan por la necesaria subordinación del artículo 42 al 43, hasta propuestas flexibles que, sobre la base del principio de los poderes implícitos y del efecto útil, sostienen la posibilidad de que el cs decidiese el uso de la fuerza armada a pesar la ausencia de tales convenios. Empero, atendiendo a los artículos 42, *in fine*, y 48 de la Carta, puede sostenerse que la falta de conclusión de los acuerdos previstos en el artículo 43 no puede ser una traba que impida este tipo de medidas<sup>49</sup>. El cs dispone de una gran amplitud de facultades a la

---

<sup>47</sup> Así, por ejemplo, en el caso de la operación militar de Corea, cabe observar una acción coercitiva iniciada por el cs, y aunque la ejecución de la misma fue delegada a un grupo de Estados miembros de la organización liderado por Estados Unidos (en la Resolución del cs, de 7 de julio de 1950, sobre el conflicto de Corea, se “exhortó a todos los Estados miembros que estuviesen dispuestos a facilitar asistencia militar en cumplimiento de las resoluciones del Consejo, que las pusieran a las órdenes del Mando Unificado bajo la dirección de los Estados Unidos”), se creó el Mando Unificado de las fuerzas participantes bajo la supervisión directa del Control de Seguridad.

<sup>48</sup> “Algo parecido sucedió respecto a los contingentes multinacionales al servicio de la Organización previstos en el artículo 43 de la Carta, pues los convenios aludidos nunca llegaron a celebrarse dentro de este contexto, sino en el marco de la legítima defensa colectiva básicamente bipolar derivada de la guerra fría. Ni entonces, ni con ocasión de la crisis del Golfo, llegó a recibir aplicación práctica alguna” (*op. cit.* Sánchez Rodríguez, 1993: 282).

<sup>49</sup> Según la CIJ, “no puede sostenerse que, en ausencia de los acuerdos concluidos en virtud del artículo 43, la Carta haya dejado impotente al Consejo de Seguridad enfrentado ante una situación de urgencia” (Dictamen sobre algunos gastos de Naciones Unidas [CIJ, Recueil 1962, 167]).

hora de emplear las fuerzas armadas ante un caso concreto; no obstante, si bien las acciones que implican el uso de la fuerza pueden ser ejercidas por los Estados miembros de la ONU, deben estar sometidas al control y supervisión del citado órgano.

En resumen, la fuerza armada puede ser utilizada legítimamente en el ámbito del Derecho Internacional cuando así lo autorice el CS y su cumplimiento puede realizarse no solo a través de la propia organización (artículos 42 y 43 de la CNU) o de los Estados miembros (artículo 48 de la CNU), sino también por medio de acuerdos regionales<sup>50</sup>. De conformidad con el capítulo VIII de la Carta, y en particular en el artículo 53, cabe la utilización legítima de la fuerza armada en el marco institucionalizado de los organismos o acuerdos regionales con el propósito de mantener la paz y seguridad internacionales.

### **III. El conflicto del golfo Pérsico: la Resolución 678 (1990) como origen de una nueva práctica**

El 29 de noviembre de 1990, el CS aprobó la Resolución 678 (1990) y con ella se iniciaba una nueva práctica en la aplicación de las medidas dispuestas en el artículo 42 de la Carta, si bien la doctrina ha postulado diferentes tesis al respecto, tales como que se trataba de una manifestación “original de la legítima defensa colectiva”<sup>51</sup> o bien recogía en su seno “el texto del artículo 42 de la Carta”<sup>52</sup> pero de forma *sui generis* o se presentaba como una legalización de “la acción de los Estados Unidos y sus aliados contra el Iraq”<sup>53</sup>.

#### **I. La Resolución 678 (1990) y la aplicación de las medidas coercitivas de fuerza armada**

En la Resolución 678 (1990), de 29 de noviembre, del CS se autorizaba a los Estados miembros que cooperaban con el gobierno de Kuwait para que, a menos que Iraq cumpliera plenamente para el 15 de enero de 1991 o antes las resoluciones al respecto, como se indicaba en el párrafo 1 de la indicada Resolución, utilizaran todos los medios

---

<sup>50</sup> La aplicación de las medidas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales deberá contar con la autorización del CS y, en todo momento, deberá estar informado de las actividades emprendidas o proyectadas en dichos acuerdos u organismos (artículo 54 de la Carta). A modo de ejemplo, el punto décimo de la Resolución 836 (1993) de 4 de junio —utilización de la fuerza armada contra la denominada República Serbia de Bosnia— dispone que los Estados miembros, actuando con carácter nacional o por conducto de organizaciones internacionales o acuerdos regionales, bajo la autoridad del CS, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger las zonas seguras de Bosnia-Herzegovina. Con base en esta resolución, así como en la 958 (1994) de 19 de noviembre, la OTAN ha empleado la fuerza aérea para proteger las indicadas zonas.

<sup>51</sup> *Op. cit.* Sánchez Rodríguez, 1991: 57.

<sup>52</sup> Piñol Rull y Acosta Estevez (1992): “Crisis y guerra del golfo Pérsico: comentarios jurídicos”. *Cuadernos Jurídicos*, 1: 36.

<sup>53</sup> Pastor Ridruejo (1992): *Curso de Derecho Internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid: Editorial Tecnos: 655.

necesarios para hacer valer y llevar a la práctica la Resolución 660 (1990) y todas las resoluciones pertinentes que la siguieron, y para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región; esto es, la citada resolución concedía a los Estados que cooperaban con Kuwait la posibilidad de recurrir a la fuerza armada para restablecer el *statu quo ante bellum* en la región, lo que permitió el desencadenamiento de la posterior contienda bélica entre Iraq y los referidos países.

La Resolución 678 (1990) afirmaba genéricamente que el cs actuaba “con arreglo al Capítulo VII de la Carta”<sup>54</sup> y, en consecuencia, aunque no se citaba de forma expresa, el citado órgano actuaba de conformidad con el artículo 42 de dicho texto legal<sup>55</sup> y, de esta forma, el ejercicio de las acciones dispuestas en el referido artículo se llevaron a término por la vía dispuesta en el artículo 48 y no por la prevista en los artículos 43 a 47<sup>56</sup>. Asimismo, en la Resolución 678 (1990), el cs pedía “a todos los Estados que proporcionen apoyo adecuado para las medidas que se adopten de conformidad con el párrafo 2 de la presente Resolución” y también pedía a los Estados interesados que lo mantengan periódicamente informado de lo que ocurra respecto de las medidas que se adopten de conformidad con los párrafos 2 y 3 de la presente Resolución”.

De los párrafos glosados se deriva la conclusión de que el cs, en conformidad con el artículo 48, se dirigía a algunos miembros de manera selectiva. No obstante, tal conclusión podría ponerse en tela de juicio dada la redacción empleada por la Resolución 678 (1990) en los textos transcritos, pues la misma se presta a varias interpretaciones y posibles equívocos como consecuencia de ser unos textos poco directos. Ahora bien, la opción elegida es la del artículo 48 porque en ayuda de los párrafos comentados debe traerse a colación la realidad práctica, esto es, los desarrollos posteriores permitieron comprobar que la intención del cs era la de dirigirse a algunos Estados de forma selectiva. Así, a la vista de los artículos 24, 42 y 48 de la CNU puede concluirse que el cs encomendó a los Estados miembros la puesta en práctica de las medidas por él dispuestas.

Por otra parte, cuestión distinta es la relativa a la relación entre el artículo 42 y 43 de la Carta. El precepto citado en último lugar dispone un sistema de convenios especiales a celebrar entre el cs y los miembros de la organización para poner a su disposición las fuerzas armadas y, en consecuencia, ante la ausencia de tales convenios —pues el artículo 43 no se aplicó en el conflicto del Golfo— cabe preguntarse sobre la virtualidad del artículo 42 de la Carta. Las posturas existentes al respecto son de lo más variado y, así, cabe observar numerosas tesis que van desde propuestas formalistas que abogan

---

<sup>54</sup> La base legal sobre la que actúa el cs para aprobar la resolución es el capítulo VII de la CNU pero no menciona o precisa el artículo o artículos concretos del mismo. Ahora bien, esta postura o ausencia de referencia al artículo 42 —como la no mención *expressis verbis* del artículo 41 en la Resolución 661 (1990)— responde a la práctica seguida por el cs, “que en toda su historia solo se ha referido en una ocasión expresamente a los artículos 41 o 42, a saber, la mención al artículo 41 en su Resolución 232 sobre las sanciones a Rhodesia” (Dastis Quecedo [1991]: “El uso de la fuerza armada en el Golfo: una justificación jurídica”. *Revista española de Derecho Internacional*, 1: 112).

<sup>55</sup> *Op. cit.* Sánchez Rodríguez, 1991: 36. “Muchos comentaristas del sistema de la Carta de las Naciones Unidas habían anunciado repetidamente los funerales del artículo 42, muerto —según decían— de simple inanición. He aquí su resurrección aparente”.

<sup>56</sup> Los artículos 43 a 46 de la CNU no han sido utilizados por el cs mientras que el artículo 47 ha sido aplicado, si bien en su letra pero no en su espíritu.

por la necesaria subordinación del artículo 42 al artículo 43<sup>57</sup>, hasta propuestas flexibles que, sobre la base del principio de los poderes implícitos y del efecto útil<sup>58</sup>, sostienen la posibilidad de que el cs decidiese el uso de la fuerza armada a pesar la ausencia de tales convenios<sup>59</sup>. En todo caso, atendiendo a los artículos 42 *in fine* y 48 de la Carta, puede sostenerse que la falta de conclusión de los acuerdos previstos en el artículo 43 “no pueden ser un obstáculo insalvable que impida el recurso a este tipo de medidas, por lo que el Consejo podría valerse de las fuerzas puestas a su disposición por Estados voluntarios”<sup>60</sup>.

Por tanto, el cs dispone de una gran amplitud de facultades a la hora de utilizar o emplear las fuerzas armadas, pudiendo utilizar, ante un caso concreto, las fuerzas nacionales de los Estados miembros para emprender una acción de carácter militar. No obstante, si bien las acciones que implican el uso de la fuerza armada pueden ser ejercidas por los Estados miembros de las Naciones Unidas, dichas acciones deben estar sometidas al control y supervisión del cs de la citada organización<sup>61</sup>, así pues, la cuestión a tratar responde a la pregunta de si existió o no control por parte del cs.

## 2. La Resolución 678 (1990) y el Comité de Estado Mayor

En virtud de las misiones contenidas en el precepto 47 de la Carta<sup>62</sup>, el Comité de Estado Mayor, estaba llamado a ejercer importantes competencias. Así, entre las distintas misiones que tenía encomendadas, era responsable de la dirección estratégica de todas

---

<sup>57</sup> Castañeda (1970): “Valeur juridique des résolutions des Nations Unies”. *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, vol. CXXIX: 265 y ss.

<sup>58</sup> Dictamen sobre ciertos gastos de las Naciones Unidas (artículo 17, parágrafo 2, de la Carta) (CII, Recueil 1962: 359 y ss) y Dictamen sobre las consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de África del Sur en Namibia (sudoeste africano), a pesar de la Resolución 276 (1970) del cs (CII, Recueil 1971: 53).

<sup>59</sup> Guggenheim (1954): *Traité de Droit international public*, Ginebra, vol. II: 272; Kelsen (1950): *The law of the United Nations*, Londres: London Institute of World Affairs: 756; Seyersted (1961): “United Nations Forces, some legal problems”. *British year book of international law*, vol. XXXVII: 359 y ss.

<sup>60</sup> Andrés Sáenz de Santamaría (1991a): “Las Naciones Unidas y la guerra del Golfo”. *Tiempo de Paz*, 19-20: 52.

<sup>61</sup> Andrés Sáenz de Santamaría (1991b): “Réplica: cuestiones de legalidad en las acciones armadas contra Iraq”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 1: 119. Señala este autor que “el alcance de esta interpretación tiene unos límites irrenunciables que pasan por asegurar al Consejo, en todo caso, el control de las medidas a adoptar, en su contenido y en su materialización”.

<sup>62</sup> “1. Se establecerá un Comité de Estado Mayor para asesorar y asistir al Consejo de Seguridad en todas las cuestiones relativas a las necesidades militares del Consejo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, al empleo y comando de las fuerzas puestas a su disposición, a la regulación de los armamentos y al posible desarme. 2. El Comité de Estado Mayor estará integrado por los Jefes de Estado Mayor de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad o sus representantes. Todo miembro de las Naciones Unidas que no esté permanentemente representado en el Comité será invitado por este a asociarse a sus labores cuando el desempeño eficiente de las funciones del Comité requiera la participación de dicho miembro. 3. El Comité de Estado Mayor tendrá a su cargo, bajo la autoridad del Consejo de Seguridad, la dirección estratégica de todas las fuerzas armadas puestas a disposición del Consejo. Las cuestiones relativas al comando de dichas fuerzas serán resueltas posteriormente. 4. El Comité de Estado Mayor, con autorización del Consejo de Seguridad y después de consultar con los organismos regionales apropiados, podrá establecer subcomités regionales.”



las fuerzas armadas puestas a disposición del cs. Sin embargo, en el conflicto del golfo Pérsico la realidad fue otra muy distinta<sup>63</sup>, pues la Resolución 678 (1990) guardaba el más absoluto silencio sobre el citado Comité.

En un primer momento, las resoluciones iniciales del cs sobre la crisis del golfo Pérsico se presentaron para el Comité de Estado Mayor como “una segunda oportunidad para pasar de las páginas amarillentas a las páginas amarillas de un sistema de seguridad colectiva que parece regenerarse gracias a la recuperación del postulado sobre el que fue construido”<sup>64</sup> o, cuando menos, como una “satisfactoria revitalización del sistema”<sup>65</sup>. El optimismo demostrado en relación a la figura del Comité de Estado Mayor venía determinado por el contenido de la Resolución 665 de 25 de agosto de 1990, pues la misma no solo disponía el control del cs sobre las acciones de bloqueo naval, mediante la presentación de informes al citado órgano por parte de los Estados, sino que además pedía “a los Estados interesados que coordinen su acción [...] utilizando según corresponda el mecanismo del Comité de Estado Mayor”. Ante tanto optimismo, algún autor ya apuntaba con acierto que “el tiempo confirmará si la mención calculadamente vaga del comité se limitó a salvar las apariencias”<sup>66</sup>, porque, como quedó demostrado posteriormente, el Comité de Estado Mayor nunca llegó a salir de su lánguida existencia.

La decepción apareció con la Resolución 678 (1990) que supuso una quiebra de la lógica mantenida por las resoluciones anteriores, ya que la misma cambió de rumbo y el Comité de Estado Mayor fue nuevamente olvidado. Curiosamente, mientras la Resolución 665 (1990) autorizaba un uso mínimo de fuerza, (“a que utilicen las medidas proporcionadas a las circunstancias concretas que sean necesarias”), bajo la autoridad del cs, y disponía la coordinación de las sanciones con base al mecanismo del Comité de Estado Mayor, la Resolución 678 (1990), que permitía el uso de la fuerza armada, no contenía referencia alguna al establecimiento de mecanismos de control y, mucho menos, al tan citado Comité. Dicho de otro modo, la Resolución 678 (1990) solamente contenía la petición de que los Estados interesados “mantengan periódicamente informado de lo que ocurra” al cs.

Por ello, el cs no pudo en ningún momento participar directamente en las operaciones militares<sup>67</sup>, ya que su participación venía dada por la supervisión de las mismas a través del Comité de Estado Mayor y este no participó en modo alguno en dichas opera-

---

<sup>63</sup> Si bien el Comité de Estado Mayor presentó de forma regular hasta 1953 un informe de sus actividades (incluido en el informe anual del cs), la verdad es que el 15 de julio de 1947 el cs aplaza el examen de un informe del Comité de Estado Mayor de 30 de abril del mismo año, sobre los principios generales que debían regir la organización de las fuerzas armadas puestas a disposición del Consejo. A partir de dicha fecha, el cs deja de debatir el tema relativo a la organización de las fuerzas armadas y el Comité de Estado Mayor queda en el más profundo olvido y en la más exasperante inactividad.

<sup>64</sup> Remiro Brotons (1990): “La crisis del Golfo y el nuevo orden internacional”. *Política Exterior*, 17: 100.

<sup>65</sup> *Op. cit.* Andrés Sáenz de Santamaría, 1991b: 49.

<sup>66</sup> *Op. cit.* Remiro Brotons, 1990: 101.

<sup>67</sup> El mando de las fuerzas multinacionales se organizó en torno al denominado Comité Nacional Estratégico que se encontraba integrado por el teniente general Khalid Bin sultan, ministro de defensa de Arabia Saudí, y por el general Norman Schwarzkopf, comandante en jefe del Mando Central de Estados Unidos (se denomina Centcom por su denominación inglesa Central Command), que comandaban respectivamente los grupos de fuerzas árabes y occidentales de la coalición, a través del C3I (estructura común de mando, control, comunicaciones e inteligencia). Asimismo, se constituyó una jefatura centralizada de operaciones navales,



ciones<sup>68</sup> y, por extensión, el cs no pudo centralizar las acciones<sup>69</sup>, pues el canal para ello es el referido Comité. Por consiguiente, cabe hablar de una ausencia de control por parte del cs del uso de la fuerza armada por parte de la coalición multinacional en el conflicto armado del Golfo. La ausencia del ejercicio de control por parte del cs se puso de manifiesto al comprobar que el mismo no se reunió entre el 28 de noviembre de 1990 y el 14 de febrero de 1991, siendo a puerta cerrada en esta última ocasión<sup>70</sup>.

Como advierte Sánchez Rodríguez,

parece claro que, si se hubiera intentado reavivar el Comité de Estado Mayor en la crisis de Iraq, la Resolución 678 nunca hubiera sido aplicada ni siquiera por los EE. UU., que jamás permitirían que el comandante en jefe de un contingente armado de 450.000 personas fuera un conjunto de generales representantes de los cinco miembros permanentes. Resultaría difícil pensar que el contingente armado norteamericano estuviese dirigido entre otros por el General en Jefe del Ejército ruso. Además, existen serias dudas de que los Generales del Comité fueran a garantizar la aplicación de la Carta<sup>71</sup>.

La afirmación contenida en los párrafos anteriores se desprende de lo dicho en relación al Comité de Estado Mayor, esto es, ausencia total del mismo en la participación de las hostilidades unida a una inexistencia total del cs a la hora de centralizar las acciones que implican el uso de la fuerza armada. Como simple botón de muestra del no control de las operaciones militares por parte de las Naciones Unidas, debe ser más que suficiente la declaración del entonces secretario general, Javier Pérez de Cuellar: “no se conocen las acciones de guerra de los aliados” y no se trataba de una guerra de las Naciones Unidas porque el cs, a través de sus resoluciones, así lo había decidido, decisión adoptada probablemente para evitar que el Comité de Estado Mayor “interfiera en la acción militar”<sup>72</sup>. Por consiguiente, se deduce que las operaciones militares no fueron controladas por el cs, sino que además este se vio obligado, al igual que los Estados miembros de la coalición multinacional, a seguir “lo que dicta el interés de quien soporta el peso fundamental de las operaciones bélicas”<sup>73</sup>. Por lo tanto, esta realidad pone de

---

bajo la dirección del jefe de la 9.<sup>a</sup> Fuerza Aérea del Centcom, y otra de operaciones aéreas, bajo la dirección del comandante de la 7.<sup>a</sup> Flota.

<sup>68</sup> Sánchez Rodríguez (1991): “Problemas jurídicos en torno a la guerra del Golfo”. *La Ley*, 2 693: 4. “En este punto resulta lamentable que la acción colectiva para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales no haya sido llevada hasta sus últimas consecuencias creando un Comité de Estado Mayor al servicio del Consejo de Seguridad para que actuara en el marco de las tareas que la Carta prevé”.

<sup>69</sup> Con las expresivas afirmaciones de “no controlo a los aliados”, “una guerra de la ONU hubiera sido una guerra que se hubiera decidido dentro del contexto del artículo 42 de la Carta, y no es el caso” y “no es una guerra de la ONU. Es una guerra autorizada por el Consejo de Seguridad. Y es importante establecer este matiz”, Javier Pérez de Cuellar manifestaba su malestar y, por ende, confirmaba la inexistencia de control alguno por parte del cs del desarrollo de las hostilidades (*El País*, 14 de febrero de 1991).

<sup>70</sup> El cs solo se ha reunido a puerta cerrada en tres ocasiones: en relación a la cuestión de Oriente Medio —15 de noviembre de 1973—, a Chipre —24 de julio de 1974— y Sahara Occidental —6 de noviembre de 1975—.

<sup>71</sup> *Op. cit.* Sánchez Rodríguez, 1993: 38.

<sup>72</sup> Javier Pérez de Cuellar en *El País*, 24 de febrero de 1991.

<sup>73</sup> *El País*, 26 de febrero de 1991.

manifiesto que no se hace ningún esfuerzo para llevar a la práctica los artículos 43 a 47 de la CNU<sup>74</sup>.

En esta tesitura, una vez examinada la cuestión relativa al control de las operaciones militares, hay que determinar la incidencia de esta ausencia de control en relación al hecho de que el cs se sirviera de las fuerzas armadas de los Estados miembros: ¿implica la ausencia de control la ilegalidad de la Resolución 678 (1990)? Algunos autores han afirmado que la Resolución 678 (1990) se separa de la legalidad de la Carta, ya que el cs se excede en sus competencias al trasladar funciones que le son propias a los Estados miembros, máxime cuando dicho órgano, en tanto que delegante de dichas funciones, no controló a los Estados delegados en el cumplimiento de las mismas. Según este planteamiento, el cs a la hora de adoptar la Resolución 678 (1990) fue más allá de su autoridad y, en consecuencia, al renunciar al control de las medidas vulneró el mínimo irrenunciable que pasa “por asegurar al Consejo, en todo caso, el control de las medidas a adoptar, en su contenido y en su materialización”<sup>75</sup>

En relación a la afirmación de que el cs, al adoptar la Resolución 678 (1990), fue más allá de su autoridad, al no ejercer el control de las acciones armadas contra Iraq, hay que traer a colación la obligatoriedad por parte del cs de constituir el Comité de Estado Mayor y el problema de la validez de los actos *ultra vires* de las resoluciones de las organizaciones internacionales. Respecto a la primera cuestión, el cs no tiene la obligación jurídica de hacer efectivas las tareas del Comité de Estado Mayor, pues, según el artículo 47 de la Carta, dispone que dicho comité “se establecerá” y, en consecuencia, todo parece indicar que la Carta deja en manos del cs la decisión al respecto.

En cuanto a la otra cuestión, relacionada esta con la validez jurídica de los actos *ultra vires* de las organizaciones internacionales, cabe destacar que la práctica internacional ha permitido distinguir entre actos *ultra vires* materiales o sustantivos y actos *ultra vires* procedimentales. Los primeros, excepto disposición expresa en contrario, dejan de producir efectos desde el momento en que se ha declarado la nulidad del acto, esto quiere decir que los efectos jurídicos del acto no son *ab initio*<sup>76</sup>. Los eventuales vicios de los citados en segundo lugar, siempre que no lleven a una decisión equivocada o a un error

---

<sup>74</sup> En este punto debe mencionarse el Comité de Estado Mayor (artículos. 46 y 47), cuya misión principal es la de ayudar al cs en la elaboración de los planes para el empleo de la fuerza armada (Resolución 1 [1946] de 25 de enero de 1946). La situación descrita pudo contemplarse durante la crisis y guerra del golfo Pérsico, pues en momento alguno fueron utilizados por el cs los artículos 43 a 46 de la Carta, mientras que el artículo 47 fue aplicado en su letra, pero no en su espíritu: en la Resolución 665 (1990), relativa al bloqueo naval, el cs pedía que los Estados interesados coordinaran su acción utilizando según correspondiera el mecanismo del Comité de Estado Mayor. Posteriormente, en la crisis de Haití se ha dado una paso más en esta línea puesto que en la Resolución 940 (1994) no se hace alusión alguna al Comité de Estado Mayor. Parece pues deducirse el intento claro por cuenta de los Estados miembros del cs de abandonar definitivamente el esquema previsto en la CNU. Prueba de la afirmación se refleja en la Declaración de los miembros del cs de 31 de enero de 1992, a propósito del sistema de seguridad colectiva, en la que ni siquiera se sugiere la puesta en práctica o la posibilidad de aplicación de los artículos 43 a 47 de la CNU.

<sup>75</sup> *Op. cit.* Andrés Sáenz de Santamaría, 1991b: 119.

<sup>76</sup> Dictamen sobre la Composition du Comité de la Sécurité Maritime de l'Organisation Intergouvernementale Consultative de la Navigation Maritime (CII, Recueil 1969: 171). Al respecto, artículo 7.3 del Tratado de la OIT y el artículo 86 de la Convención de aviación civil internacional en relación a la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI).

judicial, pueden ser convalidados<sup>77</sup>. Además, la práctica internacional también permite sostener la validez de dichos actos cuando tienen su fundamento en un amplio consenso político. Sobre esta base puede señalarse la posible actuación *ultra vires* del cs en la Resolución 678 (1990), al omitir voluntariamente el control de las acciones militares contra Iraq, si bien tal actividad queda convalidada por la práctica ulterior al no haberse producido protesta alguna en el seno del cs. Asimismo, a la no protesta, cabe sumar otra circunstancia más que parece revalidar la legalidad del uso de la fuerza armada: la Resolución 678 (1990) tiene su fundamento en el amplio consenso político existente en esos momentos<sup>78</sup>. En el contexto concreto de la Resolución 678 (1990), debe afirmarse que, la voluntaria ausencia de control por parte del delegante sobre los delegados, no implica la ilegalidad de las acciones armadas contra Iraq<sup>79</sup>, pero sí pone de manifiesto que la práctica internacional<sup>80</sup>, resultante de la realidad política, esta divorciada de la estipulación jurídica.

### 3. La nueva práctica: legitimación del uso de la fuerza armada mediante una autorización del Consejo de Seguridad

En atención a la aplicación de la Resolución 678 (1990), de 28 de noviembre, puede afirmarse que la misma fue el primer paso de una práctica de las Naciones Unidas consistente en la autorización institucional, mediante una resolución del cs, para el uso de la fuerza armada prescindiendo dicho consejo del control de las operaciones militares. Por consiguiente, a la luz de las circunstancias apuntadas y de la posterior actuación desarrollada, como señala Sánchez Rodríguez, el cs se decantó por la utilización de los Estados que cooperan con Kuwait “como meros instrumentos de una acción genuinamente institucional”<sup>81</sup>, ya que dichos países “actúan estrictamente en nombre y por cuenta del Consejo de Seguridad”<sup>82</sup>.

En palabras de Boutros Boutros-Ghali,

el concepto de seguridad colectiva consagrado en la Carta exige que, si no dan resultado los medios pacíficos, se empleen las medidas previstas en el Capítulo VII, si así lo decide el Consejo de Seguridad, para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacio-

---

<sup>77</sup> Dictamen sobre *Certaines dépenses des Nations Unies* (CJ, Recueil 1962: 168) y *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI* (CJ, Recueil 1972: 69-70).

<sup>78</sup> Cfr. Lauterpacht (1976): “The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals”. *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. IV: 393-394. Sobre el estatus legal de los actos *ultra vires*, Osieke (1983): “The legal validity of ultra vires decisions of international organizations”. *American Journal of International Law*, vol. LXXVII: 239 y ss.

<sup>79</sup> La delegación de competencias ha sido conforme a la Carta mientras que la no previsión de un control se presenta como un posible defecto formal susceptible de ser subsanado y que, en todo caso, el cs ha subsanado al no declarar que las acciones armadas contra Iraq fueron en contra de los intereses del delegante.

<sup>80</sup> La no actuación del cs en determinados casos (por ejemplo, Granada y Panamá), las medidas adoptadas por terceros Estados fuera del seno del cs (por ejemplo, represalias contra la Argentina —Islas Malvinas— e Irán), etc.

<sup>81</sup> *Op. cit.* Sánchez Rodríguez, 1991: 35.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

nales frente a toda “amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”. Hasta ahora, el Consejo de Seguridad no ha hecho una de la más coercitiva de esas medidas: la acción mediante una fuerza militar, prevista en el artículo 42. En la situación que surgió entre el Iraq y Kuwait, el Consejo prefirió autorizar a los Estados Miembros para que adoptaran medidas en su nombre<sup>83</sup>.

El 31 de julio de 1994, a través de la Resolución 940 (1994), sobre la crisis haitiana<sup>84</sup>, el cs confirmaba dicha práctica en el campo del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales<sup>85</sup> y, una vez más, se dejaba de aplicar hasta sus últimas consecuencias el sistema de seguridad colectiva. Esta práctica fue nuevamente reconfirmada con la Resolución 1264 (1999), de 15 de septiembre de 1999, relativa a la situación de Timor Oriental.

En atención a esta práctica, la autorización dada por el cs no prevé la aplicación de las medidas armadas bajo la autoridad de dicho órgano con la ayuda del Comité de Estado Mayor; esto es, parece que deberemos resignarnos a la “privatización” del uso de la fuerza armada, dejando en manos de los Estados Miembros autorizados su utilización discrecional para imponer la paz. Sin embargo, debe tenerse presente que las autorizaciones del cs contenidas en las Resoluciones 678 (1990), 940 (1994) y 1264 (1999) han contado con el asentimiento de los Estados miembros de la organización. En todo caso, no debe olvidarse que, en el supuesto de que la AG hubiere entendido que el cs había violado la legalidad de la Carta, cabría la posibilidad de que dicho órgano acudiera ante la CIJ solicitando, en conformidad con los artículos 96 de la Carta<sup>86</sup> y 65 del Estatuto de la Corte<sup>87</sup>, una opinión consultiva en orden a establecer la interpretación exacta de los preceptos de la Carta presuntamente transgredidos por el cs. Como es notorio, tal posibilidad en ningún momento fue ejercitada por la AG de las Naciones Unidas.

---

<sup>83</sup> *Op. cit.* Boutros-Ghali, 1995: 63.

<sup>84</sup> Esta resolución “merece un comentario especial negativo, porque aun ubicada también en el capítulo VII de la Carta, considerando que la situación constituía una amenaza a la paz en la región, resulta sumamente dudosa la pertinencia de esta concepción. A nuestro juicio, el Consejo se excedió en su calificación y la resolución 948 da por lo menos muestras de arbitrariedad y de doble estándar. En efecto, por lastimosa y condenable que fuese la situación de los derechos humanos en el país caribeño, no era peor que la existente en muchos otros países, cercanos y lejanos, que no han merecido nunca un trato tan severo de las Naciones Unidas como la autorización del uso de la fuerza” (*op. cit.* Pastor Ridruejo, 1992: 742).

<sup>85</sup> Escribe Boutros Boutros-Ghali: “en 1950, el Consejo de Seguridad autorizó a un grupo de Estados miembros, dispuestos a hacerlo, para que llevaran adelante acciones coercitivas en la península de Corea. En 1990 tomó medidas similares en respuesta a la agresión contra Kuwait. Más recientemente, el Consejo ha autorizado a determinados grupos de Estados Miembros para que llevaran adelante acciones coercitivas, en caso de que fueran necesarias, para crear condiciones que permitieran realizar operaciones de socorro humanitario en Somalia y en Ruanda y facilitaran el restablecimiento de la democracia en Haití” (*op. cit.* Boutros-Ghali, 1995: 32). Así, a título de ejemplo, en la Resolución 794 (1992), de 3 de diciembre, el cs autorizó el uso “de todos los medios necesarios para establecer lo antes posible un ambiente seguro para las operaciones de ayuda humanitaria” en Somalia.

<sup>86</sup> “1. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.”

<sup>87</sup> “1. La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma.”

### Observa Carrillo Salcedo, al autorizar el cs a

los Estados que cooperaron con Kuwait a la adopción de medidas proporcionadas para asegurar el cumplimiento de las sanciones económicas contra Iraq (Resolución 665) y a recurrir a todos los medios necesarios a partir del 15 de enero de 1991, si el Iraq persiste en su actitud (Resolución 678), se tiene la impresión de que no se procedió a una aplicación estricta del artículo 42 de la Carta, esto es, a la aplicación de medidas colectivas armadas bajo la autoridad del Consejo de Seguridad con la ayuda del Comité de Estado Mayor<sup>88</sup>.

Acierta este profesor en su impresión porque la verdad es que no se aplicó el espíritu del sistema de seguridad colectiva. Las Naciones Unidas fueron utilizadas<sup>89</sup> como una instancia de legitimación, pues la autorización del cs legitimó, si bien conforme a la legalidad de la Carta, el recurso a la fuerza armada. Desde esta perspectiva, las Naciones Unidas pueden ser consideradas como una instancia de mera legitimación y, como se expondrá seguidamente, dicha consideración ha tenido sus repercusiones en la crisis desencadenada con motivo del incumplimiento por parte de Iraq de sus obligaciones para cumplir su objetivo declarado de restablecer la paz y seguridad internacionales en la región.

Como ha quedado indicado, en la Resolución 665 (1990), el cs autorizó a “los Estados miembros que cooperan con el gobierno legítimo de Kuwait y despliegan fuerzas navales en la región a tomar medidas necesarias, según las circunstancias del momento, bajo la autoridad del Consejo de Seguridad, para detener todos los buques mercantes”, es decir, se autoriza el uso de la fuerza en las siguientes circunstancias y condiciones: 1) la autorización es emitida por el cs; 2) el ejercicio corresponde a los Estados miembros; 3) bajo la autoridad del cs y 4) utilizando el mecanismo del Comité de Estado Mayor. Así, pues, la Resolución 678 (1990) se separa de este planteamiento inicial, ya que si bien se dan las dos mismas condiciones apuntadas, no concurren las otras dos en tanto que el control del uso de la fuerza armada queda en manos de los Estados de la coalición y el cs únicamente recibirá de forma periódica los informes emitidos por dichos Estados<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> *Op. cit.* Carrillo Salcedo, 1991: 224.

<sup>89</sup> Sobre las Naciones Unidas como instrumento del unilateralismo de los Estados Unidos durante la guerra del golfo Pérsico, cfr. Fukuyama (1992): “The beginning of foreign policy”. *The New Republic*, 17-24 de agosto de 1992: 32.

<sup>90</sup> Respecto a la guerra del Golfo, debe señalarse que en cuanto a mantener periódicamente informado al cs, Estados Unidos y sus aliados no cumplieron con esta obligación; en efecto, la información era transmitida al cs de forma tardía y, en la mayoría de los casos, incompleta o fugaz. En este sentido, puede comprobarse que lo que ocurrió durante la guerra fue transmitido al cs de una manera condicionada por los intereses de los aliados. No obstante, a pesar de este silencio informativo, el cs no elevó ninguna protesta. Así, por ejemplo, en el lapso de tiempo precedente al día 15 de enero, el cs desapareció de la escena política, centrándose la atención internacional tanto en el presidente Bush, padre, como en Saddam Huseín. Contrariamente a lo que pudiera pensarse, el cs no demostró ningún interés en permanecer en sesión permanente o continuada ni en celebrar debates sobre la situación existente, quebrando tal circunstancia la lógica subyacente del artículo 28 de la Carta: “1. El Consejo de Seguridad será organizado de modo que pueda funcionar continuamente. Con tal fin, cada miembro del Consejo de Seguridad tendrá en todo momento su representante en la sede de la Organización. 2. El Consejo de Seguridad celebrará reuniones periódicas en las cuales cada uno de sus miembros podrá, si lo

El resultado de esta nueva práctica significa que el cs delega en unos Estados, pues actúan en su nombre y por cuenta de él, la aplicación de las medidas coercitivas colectivas previstas en el artículo 42 de la Carta. Empero, la aplicación de tales medidas por dichos Estados no conlleva aparejada que estas se realicen bajo la autoridad del cs y con la utilización del Comité de Estado Mayor previsto en el artículo 47 de la CNU. Así, la autorización del cs legitima el uso de la fuerza armada aplicada por unos Estados determinados en tanto que instrumentos de una acción institucional.

Según algunos autores, como Carrillo Salcedo<sup>91</sup>, esta aplicación de las acciones coercitivas no es seguridad colectiva ni uso institucionalizado de la fuerza armada, ya que las Naciones Unidas, en lugar de actuar como una instancia de autoridad internacional, fueron utilizadas por los Estados de la coalición como instancia de legitimación de su decisión de recurrir a la fuerza armada contra Iraq. En parte es cierta esta afirmación. La decisión de “ir a la guerra” ya estaba tomada y el cs la legitimó mediante la Resolución 678 (1990), pero a partir de ese momento los Estados de la coalición llevan a cabo una acción institucional del uso de la fuerza, si bien no conforme en sentido estricto con el espíritu que intentó instituirse al sistema de seguridad colectiva.

No obstante, como entienden otros autores<sup>92</sup>, la operatividad del sistema de seguridad colectiva no puede quedar supeditada a la firma por los Estados miembros de los convenios especiales del artículo 43 de la Carta, pues el capítulo VII quedaría sin sentido. Sobre esta cuestión, Gutiérrez Espada escribe que:

todos están de acuerdo en que las resoluciones iniciales (Resoluciones 660 y ss.) se enmarcan en la estricta aplicación del capítulo VII de la Carta, con lo que se revitaliza el sistema mismo de seguridad colectiva. El desacuerdo recae sobre la Resolución 678 (1990), por la que el Consejo autorizó a una coalición de Estados a utilizar la fuerza armada; el CdS se implica de esta manera en el uso de la fuerza armada de un modo solo indirecto, es decir, el Consejo delega en ciertos Estados miembros para que estos, en la gráfica expresión de Weckel, “le saquen las castañas del fuego”.

Es innegable que la Carta regula una situación muy concreta: Fuerzas de la ONU, bajo la autoridad y dirección del CdS (con el asesoramiento del Comité de Estado Mayor), son las que ponen en marcha las medidas de carácter armado que se regulan en su artículo 42. La Carta no contempló la hipótesis (que, en consecuencia, ni prohíbe ni permite) que se llevó a la práctica en la Guerra del Golfo: Fuerzas militares de una coalición de Estados, bajo el mando supremo de un general estadounidense de impronunciable nombre, para desarrollar operaciones bélicas de las que debía “tener al corriente” al Consejo.

En principio, por tanto, y estrictamente hablando, no puede ser más cierto que, en este caso y en este punto, el CdS no aplicó el capítulo VII de la Carta tal y como este puede leerse en la misma. Pero, claro, la cuestión estriba en que difícilmente dicho capítulo podrá aplicarse en sus estrictos términos puesto que los presupuestos indispensables para ello [los acuerdos entre los Estados miembros y el Consejo de Seguridad sobre las fuerzas que estos debían poner a su disposición (artículos 43 y 44), y un Comité de Estado Mayor

---

desea, hacerse representar por un miembro de su Gobierno o por otro representante especialmente designado. 3. El Consejo de Seguridad podrá celebrar reuniones en cualesquiera lugares, fuera de la sede de la Organización, que juzgue más apropiados para facilitar sus labores”.

<sup>91</sup> *Op. cit.* Carrillo Salcedo, 1991: 225.

<sup>92</sup> Remiro Brotons *et al.* (1997): *Derecho Internacional*, Madrid: McGraw Hill: 939-940.



operativo (artículos 45 ss.)) nunca existieron. Y ante esta situación, ¿debemos concluir que el CdS no puede ya adoptar medidas coercitivas que impliquen el uso de la fuerza armada? Personalmente me parecería, de llegar a ella, una interpretación *ad absurdum* y, por ello, descartable. Y es, desde luego, pertinente recordar que una interpretación literal del tipo de la apuntada (y descartada), que, no obstante, fue defendida oficialmente en el CdS (Iraq, Cuba), encontraría el obstáculo de una afirmación explícita del TU, que ciertamente parece escrita para este tema: “no puede sostenerse que, en ausencia de los acuerdos concluidos en virtud del artículo 43, la Carta haya dejado impotente al Consejo de Seguridad enfrentado ante una situación de urgencia”<sup>93</sup>.

La conformidad de la autorización concedida a una coalición de Estados para el uso de la fuerza armada, que estableció la Resolución 678 (1990) del Consejo, con el espíritu del capítulo VII me parece existente, siendo aceptada incluso por autores que han criticado inmisericordemente dicha resolución. Y es que ¿qué efecto útil tendría dicho capítulo si, no pudiéndose aplicar su letra, no se considerara legítimo que el Consejo pudiera lo que en definitiva sería lo menos (delegar el uso de la fuerza) cuando el texto de la Carta le permite lo más (emplear directamente la fuerza)?

Es cierto, con todo, y aquí creo que las críticas de algunos son razonables, que el CdS no debió, como Poncio Pilatos hizo, lavarse las manos, renunciando a un estrecho control de las operaciones militares. Obvio es que, en el teatro de operaciones, las medidas precisas serán una exclusiva decisión de los militares, pero sus jefes deben ajustarse (si es que queremos seguir viviendo en un genuino sistema de seguridad colectiva) a las instrucciones (lo más precisas que las circunstancias permitan) del CdS, asesorado por el Comité de Estado Mayor.

De todos modos, la Resolución 678 (1990) ha supuesto y conseguido *en conjunto y desde una consideración teleológica* que el sistema de la Carta funcione eficazmente en cuanto a las consecuencias últimas de la agresión (iraquí) y de su final. La reacción de la ONU y del CdS en la guerra del Golfo marca, nítidamente, el punto álgido de inflexión del proceso de estancamiento, de miseria y fracaso del sistema de seguridad colectiva<sup>94</sup>.

En definitiva, como señala Sánchez Rodríguez<sup>95</sup>, uno de los principales problemas en la aplicación de las medidas previstas por el artículo 42 de la Carta es sobre quién recae la responsabilidad de prestar el contingente armado que va a ejecutar la decisión del cs. Al respecto, en el Programa de Paz, el secretario general Boutros Ghali planteó la idea de una fuerza de actuación permanente y rápida en Naciones Unidas<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> Dictamen de 20 de julio de 1962, Asunto sobre algunos gastos de Naciones Unidas (CII, Recueil 1962: 167).

<sup>94</sup> *Op. cit.* Gutiérrez Espada, 1996: 170-171.

<sup>95</sup> *Op. cit.* Sánchez Rodríguez, 1997: 37.

<sup>96</sup> “He llegado a la conclusión de que las Naciones Unidas necesitan considerar seriamente la idea de una fuerza de reacción rápida. Esta fuerza sería la reserva estratégica del Consejo de Seguridad y se desplegaría cuando existiera una necesidad urgente de mantenimiento de la paz. Podría estar constituida por unidades de varios países, cada una de ellas de tamaño similar al de un batallón. Todas las unidades se adiestrarían conforme a las mismas normas, usarían los mismos procedimientos operacionales, contarían con equipo integrado de comunicaciones y participarían en maniobras conjuntas a intervalos periódicos. Estarían basadas en sus países de origen, pero se mantendrían en un estado de disponibilidad elevado. La utilidad del mecanismo dependería, por supuesto, de las garantías que tuviera el Consejo de Seguridad de poder contar efectivamente con esta fuerza en una emergencia. Sería un mecanismo complicado y costoso, pero estoy convencido de que ha llegado el momento de ponerlo en marcha” (*op. cit.* Boutros-Ghali, 1995: 20). En este sentido se pronuncia Birnbaum: “es lamentable que no exista un ejército permanente de Naciones Unidas bajo el control del secretario general. Es más lamentable aún que la composición del Consejo de Seguridad



## VI. El uso de la fuerza armada contra Iraq: la Operación Libertad Iraquí

Después de los ataques del 11 de septiembre parecía que había llegado el momento del multilateralismo y la hora de reforzar el papel de las Naciones Unidas: “en un primer momento se abrieron expectativas de cambio en la actitud internacional de EEUU: del anterior unilateralismo se pasó a asumir la necesidad de crear una gran coalición internacional, necesariamente heterogénea, y por tanto, integrada por aliados muy diversos con puntos de vista divergentes sobre muchos aspectos”<sup>97</sup>. La realidad era que Estados Unidos habría podido liderar el sistema multilateral, cuyo eje son las Naciones Unidas, frente al terrorismo, pero la verdad es otra muy distinta: la postura estadounidense ha acentuado el unilateralismo exhibido durante los últimos tiempos en orden a satisfacer sus intereses o combatir las amenazas a su seguridad. La postura adoptada por los Estados Unidos recuerda el famoso “I believe in God and in the American way of life” con el que respondía Superman a la pregunta de “What do you believe in?”.

La Operación Libertad Iraquí iniciada por los Estados Unidos y sus aliados contra Iraq es una clara muestra del unilateralismo que, a nivel de política internacional, preside la Administración Bush. Se trata, como se indica en los apartados siguientes, de una acción unilateral al margen del sistema de seguridad colectiva previsto en el capítulo VII de la CNU y que tiene como precedente la actuación de la OTAN con ocasión del conflicto en Kosovo. En fin, el día de inicio del ataque contra Iraq, como admitió Kofi Annan, secretario general de las Naciones Unidas, “es un día muy triste para las Naciones Unidas”<sup>98</sup>.

### 1. Un precedente en el ejercicio unilateral del uso de la fuerza armada: la OTAN

En este punto cabe realizar una referencia en lo que respecta a la polémica intervención de la OTAN en Yugoslavia con motivo del conflicto de Kosovo<sup>99</sup> en el año 1999. El paralelismo es más que evidente: los dirigentes de la OTAN invocaron para el uso de la fuerza la vigencia de las resoluciones anteriores del CS (resoluciones 713, 757, 781, 816, 789, 836 y en especial la 1203 de 24 de octubre de 1998). En el caso que ahora tratamos de analizar, Estados Unidos y sus aliados invocan nuevamente la vigencia de las resoluciones anteriores. En aquel entonces, el resultado fue el ejercicio unilateral —si bien en el marco de una organización internacional de cooperación

---

date del intento de 1945 de desarrollar un orden internacional de posguerra” (Birnbbaum [2003, 23 mar]: “¿Está condenada la ONU?”, *El País*).

<sup>97</sup> García Pérez (2002): “Relaciones transatlánticas. Después del 11-S”. *Política Exterior*, 86: 26.

<sup>98</sup> *El Mundo*, 20 de marzo del 2003.

<sup>99</sup> Andrés Sáenz de Santamaría (1999): “Kosovo: todo por el Derecho Internacional, pero sin el Derecho Internacional”. *Meridiano Ceri*, 28: 4 y ss.; Jiménez Piernas (2001): “La intervención armada de la OTAN contra Serbia: peculiaridades y paradojas del ordenamiento internacional”. *Revista de Occidente*, 236 y 237: 91 y ss.; Remiro Brotons (1999): “¿De la asistencia a la agresión humanitaria?”. *Política exterior*, mayo-junio: 17 y ss.; Álvarez López (1999): “La intervención militar de la OTAN en la República Federal de Yugoslavia: la legalidad internacional cuestionada”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 93: 9 y ss.

preferentemente militar— de acciones que implicaban el uso de la fuerza armada contra Serbia<sup>100</sup>.

Ante los profundos desacuerdos existentes en el seno del CS en relación a la crisis de Kosovo, en marzo de 1999, sin contar con el respaldo de ninguna resolución de dicho órgano que, fundamentada en el capítulo VII de la Carta, autorizara el uso de la fuerza armada, las tropas de la OTAN iniciaron una serie de operaciones militares en el territorio de la antigua Yugoslavia que, según dicha organización (Declaración sobre Kosovo adoptada en la Reunión de Jefes de Estado y de Gobiernos del Consejo del Atlántico Norte en Washington los días 23 y 24 de abril de 1999), tenían por finalidad poner término a la limpieza étnica llevada a cabo en Kosovo por las autoridades serbias. Esta intervención fue apoyada tanto por la UEO (Reunión de Ministros de Asuntos Exteriores y de Defensa en Bremen el 10 y 11 de mayo de 1999) como por diferentes Estados (Argentina, Brasil, Gabón, Gambia y Malasia).

La acción de la OTAN en Kosovo, al margen de la Carta y basada en la doctrina de la intervención humanitaria, ha despertado la polémica en sede doctrinal: para un sector no es conforme al Derecho Internacional y comportó una violación del mismo, mientras que otro entiende su licitud por varios motivos: En primer lugar la CIJ declaró en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua que las normas que regulan el uso de la fuerza no se encuentran solo en la Carta; en segundo lugar la intervención viene propiciada por el “nuevo concepto estratégico” que, adoptado por la OTAN en la citada Reunión de Washington, implica la extensión de su ámbito de acción más allá de la dimensión atlántica y la posibilidad de emprender acciones contra Estados, que no están en conflicto con ningún miembro de la organización, para resolver crisis; y en tercer lugar la OTAN ya ha intervenido con anterioridad *out of area* (en el territorio de la ex-Yugoslavia en 1992), si bien bajo la cobertura de diferentes Resoluciones del CS (713, 757, 781, 816, 789 y 836), especialmente la 1203 de 24 de octubre de 1998.

En contra de esta postura cabe sostener que la intervención de la OTAN no se encontraba respaldada por ninguna de las resoluciones del CS, comportando tal acción una violación del Derecho Internacional puesto que, como sostiene Pastor Ridruejo, la argumentada finalidad humanitaria —poner término a las violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos de los albaneses en Kosovo— no solo no constituía “una causa suficiente de justificación o de exclusión de responsabilidad” sino que además,

la acción unilateral de la OTAN [...] constituye un mal precedente, contrario por supuesto al Derecho Internacional, y ello aunque no se tuviesen en cuenta la hecatombe humanitaria que desencadenó y las infracciones del Derecho Internacional humanitario que propició. El hecho de prescindir del Consejo de Seguridad para desencadenar una intervención armada ha rebajado, aún más si cabe, la autoridad y credibilidad de las Naciones Unidas en el cumplimiento de su función capital, que es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Y pese a sus deficiencias de todo tipo, particularmente

---

<sup>100</sup> Escribe Herrero de Miñón que “el Derecho Internacional ya no existe: ¡saltó por los aires el día en que se bombardeó Kosovo! Aducir valores supraleales para justificarlo dinamitó la legalidad internacional: el ataque a Iraq solo repite aquello” (*La Vanguardia*, 20 de marzo del 2003).

en el campo del mantenimiento de la paz, hay que afirmar que la Organización mundial sigue siendo necesaria<sup>101</sup>.

En definitiva, a pesar de que posteriormente la situación se “legalizó” —convvalidación *ex post facto* a través de la Resolución 1244 (1999)— en el seno del cs, la actuación de la OTAN se realizó al margen de la CNU y, por consiguiente, la misma es susceptible de ser calificada como ilegal y no conforme al Derecho Internacional, aunque pueda ser considerada legítima en un plano moral por las circunstancias excepcionales en que se llevó a cabo<sup>102</sup>.

Por otra parte, la intervención armada de la OTAN ha sido señalada como un posible precedente para la creación de una norma consuetudinaria tendente a posibilitar estas intervenciones por razones humanitarias, es decir, el origen de una nueva excepción a la prohibición del uso de la fuerza armada. En todo caso, para Cassese<sup>103</sup>, tal intervención humanitaria requeriría: la violación grave, masiva y sistemática de los derechos humanos; el no cumplimiento de la exigencia por parte del cs de poner fin a tal situación; el fracaso de los intentos de solución diplomática; la acción armada debería ser llevada a cabo por un conjunto de Estados y, por último, la mayoría de los miembros de las Naciones Unidas no deben oponerse a tal acción. Ahora bien, esta posibilidad —apuntada a raíz de la intervención de la OTAN— carece de fundamento jurídico y no puede sostenerse que constituya “el punto de arranque de una costumbre internacional que, una vez cristalizada o consolidada, permitiese intervenciones armadas unilaterales, individuales o colectivas, para erradicar situaciones de violaciones graves, masivas y persistentes de los derechos humanos [...] porque [...] no se ha producido la aquiescencia necesaria, es decir, la aceptación general, explícita o implícita, de la comunidad internacional en su conjunto”<sup>104</sup>. Empero, como indican González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santamaría, no estaría de más el “buscar fórmulas que permitan actuar en casos en los que se produzcan violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos”<sup>105</sup>.

## 2. El unilateralismo de los Estados Unidos y el uso de la fuerza armada contra Iraq

Escribe Vargas Llosa que

las razones esgrimidas por Washington para justificar una acción armada contra Iraq son débiles e insuficientes, y dejan siempre flotando en el aire la sensación de que Iraq y

<sup>101</sup> *Op. cit.* Pastor Ridruejo, 1992: 285 y 743.

<sup>102</sup> Simma (1999): “NATO, the UN and the use of force: legal aspects”. *European Journal of International Law*, 1: 21-22.

<sup>103</sup> Cassese (1999): “Ex inuria ius oritur: are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community?”. *European Journal of International Law*, 1: 29-30.

<sup>104</sup> *Op. cit.* Pastor Ridruejo, 1992: 743.

<sup>105</sup> *Op. cit.* González Campos; Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santamaría, 2002: 921-922.

Sadam Husein han sido elegidos, entre otros dictadorzuelos y tiranías, más para llevar a cabo un escarmiento ejemplar que desagrarie psicológica y moralmente a Estados Unidos de los horrendos atentados, la humillación y los miles de muertos del 11 de septiembre, que por las causas que expusieron ante el Consejo de Seguridad el presidente Bush y el general Powell al pedir a la comunidad de naciones su apoyo para la guerra<sup>106</sup>.

Y, en palabras del expresidente Carter, “en Washington ya no se menciona a Osama Bin Laden, y la acumulación de declaraciones públicas sobre su red terrorista internacional se limita fundamentalmente a acusaciones aún no demostradas sobre sus conexiones con Iraq. El compromiso y la prioridad internacional de lucha contra el terrorismo generados después del 11 de septiembre han disminuido en intensidad en tanto Iraq se ha convertido en la obsesión primordial de los dirigentes políticos”<sup>107</sup>. Como quedó patente en las semanas anteriores al uso de la fuerza armada contra Iraq, las razones se fueron modificando —a conveniencia de la Administración Bush<sup>108</sup>— con el transcurso del tiempo: primero la conexión de Iraq con el terrorismo islámico internacional, después la imperiosa necesidad del desarme de iraquí<sup>109</sup> y, por último, el restablecimiento de la democracia en la región. En fin, escribe Peces-Barba Martínez que “la decisión de derribar a Saddam Hussein hay que contemplarla y valorarla en este contexto de arrogancia, de autismo y de voluntad hegemonía sin límites de un país que fue decisivo para la construcción de la democracia y para la instauración del orden internacional de Naciones Unidas”<sup>110</sup>.

En un documento estratégico de seguridad nacional estadounidense de agosto de 1991 se proclamaba lo siguiente: “tenemos al alcance de nuestra mano una extraordinaria posibilidad que pocas generaciones han disfrutado: edificar un nuevo sistema internacional conforme con nuestros propios valores e ideales”<sup>111</sup> y en un borrador sobre seguridad nacional (defence policy guidance), elaborado en marzo de 1992 por las autoridades norteamericanas, se contenía el siguiente pasaje: Estados Unidos “debe estar en posición de actuar en forma independiente cuando no se logre impulsar la

---

<sup>106</sup> Vargas Llosa (2003, 16 feb): “Los desastres de la guerra”, *El País*.

<sup>107</sup> Carter (2003, 12 feb): “Una alternativa a la guerra”, *La Vanguardia*.

<sup>108</sup> “Entre el sinfín de motivos que se atribuyen a la insistencia de George W. Bush en iniciar la guerra contra Iraq, desde un complejo John Wayne a la voracidad de su Administración por el petróleo, uno de los que postulan en el Departamento de Estado y en el Foreign Office británico es el siguiente: que hay que hacer dar ejemplo con Saddam Hussein. Que hay que animar a otros países con pretensiones de incorporarse a las filas del eje del mal. Que hay que hacerles ver las consecuencias de ponerse a fabricar armas de destrucción masiva” (Carlin [2003, 24 mar]: “Las armas de destrucción masiva como garantía”, *El País*).

<sup>109</sup> Sostiene Walter Laqueur, director del Centro de Estudios Internacionales y Estratégicos de Washington, que “Estados Unidos ha cometido errores, ha mezclado en el debate público los factores del terrorismo y de las armas de destrucción masiva. Ambos constituyen graves peligros y no había necesidad alguna de hacer un cóctel con ellos” (Laqueur [2003, 21 mar]: “Guerra”, *La Vanguardia*).

<sup>110</sup> Peces-Barba Martínez (2003, 21 mar): “La guerra: un golpe de Estado interno”, *El País*. En palabras de Chomsky “el temor del gobierno estadounidense no se deriva solo de esta invasión, sino de los antecedentes de los que surge: una determinación declarada de gobernar el mundo por la fuerza, única dimensión en que es hegemónica la potencia estadounidense, y de asegurarse de que no surgirá ningún desafío a su dominio. Se declararán, pues, guerras preventivas a voluntad” (Chomsky [2003, 22 mar]: “Graves preocupaciones”, *La Vanguardia*).

<sup>111</sup> National Security Strategy of the United States, agosto de 1991: 5.

acción colectiva”<sup>112</sup>. Las afirmaciones contenidas en estos dos documentos han pasado de la teoría a la práctica con motivo de la actual crisis; esto es, la diplomacia de los Estados Unidos ha fracasado en su intento de liderar una acción colectiva legitimada por el CS<sup>113</sup> y, por consiguiente, ha decidido actuar de forma independiente<sup>114</sup> y llevar a cabo una acción unilateral del uso de la fuerza armada<sup>115</sup>.

Afirmaciones como la del Secretario de Estado, Colin Powell, de que la solución al conflicto “está muy lejos de tener una solución pacífica” y “está claro lo que tenemos que hacer de ahora en adelante”<sup>116</sup> o la declaración de Andrew Card, secretario general de la Casa Blanca, al sostener que “para actuar contra Iraq, los Estados Unidos no necesitan ningún permiso de la ONU”<sup>117</sup>, resaltan el unilateralismo proclamado por las autoridades norteamericanas y su deseo de hacer realidad el conflicto armado contra Iraq<sup>118</sup>. Se está en presencia de una decisión de recurrir a la fuerza armada adoptada

<sup>112</sup> Citado en Remiro Brotons (1996): *Civilizados, barbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, Madrid-Nueva York: McGraw Hill: 183.

<sup>113</sup> El signo más evidente de este fracaso es la retirada del proyecto de resolución que pretendía presentarse ante el CS, pues estaba condenada al fracaso como consecuencia del ejercicio del derecho de veto por parte de Francia “en cualquier circunstancia”. Ante esta situación el secretario de Estado norteamericano, Colin Powell, declaró que su gobierno nunca consideró necesaria una nueva resolución para legalizar la guerra (*El País*, 18 de marzo del 2003).

<sup>114</sup> Según Goodby, exembajador de Estados Unidos y profesor de la Universidad de Stanford, “la Administración Bush está llevando a cabo una política exterior basada en los compromisos de conveniencia. Carece del sentido de interdependencia y adaptación, esencial para la vida en cualquier comunidad” (Goodby [2003, 16 mar]: “La comunidad euroatlántica”. *La Vanguardia*).

<sup>115</sup> En palabras críticas de Joschka Fischer, ministro de asuntos exteriores alemán, “las decisiones de una única potencia no pueden sustituir las estructuras de seguridad colectiva” (*La Vanguardia*, 21 de marzo del 2003).

<sup>116</sup> El 10 de febrero publicaba, en *The Washington Post*, el exsecretario de Estado norteamericano Henry Kissinger un artículo en el que afirmaba que “si la crisis termina sin un cambio de régimen en Bagdad, si EE. UU. envía 200.000 soldados a la región y luego se retira sin haber logrado nada más que una nebulosa contención de un régimen que ha violado las resoluciones de la ONU durante más de un decenio, la credibilidad de la potencia norteamericana en la guerra contra el terrorismo y los asuntos internacionales quedará dañada de forma grave, tal vez irreparable”.

<sup>117</sup> Al respecto es muy elocuente el artículo de Richard Perle, director del Consejo de Defensa de Estados Unidos, grupo que asesora al Pentágono, titulado “Gracias a Dios que Naciones Unidas ha muerto”, *El Mundo*, 22 de marzo de 2003 (“Lo que ha inclinado la balanza de la opinión sobre esta guerra es la idea de que solo el Consejo de Seguridad de la ONU puede legitimar el uso de la fuerza. Da igual que las tropas se empleen únicamente para poner en vigor las exigencias de la propia ONU. No basta una coalición de democracias liberales dispuestas a intervenir. Si cualquier institución o coalición que no sea el Consejo de Seguridad de la ONU emplea la fuerza, incluso como último recurso, no prevalecerá el Derecho Internacional, sino la anarquía, y se destruirán todas las esperanzas de un orden mundial. Esta es una idea peligrosamente errónea que conduce inexorablemente a poner importantes decisiones morales, e incluso existenciales y político-militares, en manos de países como Siria, Camerún, Angola, Rusia, China y Francia”). Asimismo, Perle ha afirmado que “había pasado ya la época en que la ONU se ocupaba de cuestiones de seguridad y que era necesario reformarla y reducir su función, limitándola a asuntos como salud, mantenimiento de la paz y misiones humanitarias” (*El País*, 24 de marzo del 2003).

<sup>118</sup> Escribe Schwartz que “Estados Unidos se dispone a defender otra vez las libertades y los derechos humanos en el mundo; como lo hizo en el pasado en dos guerras mundiales, una guerra fría, una intervención en Kosovo (sin apoyo del Consejo de Seguridad de la ONU) y otra en Afganistán, ahora se dispone a proseguir la lucha contra el terrorismo internacional” (Schwartz [2003, 12 mar]: “La guerra, esta vez”, *La Vanguardia*). Huelgan comentarios.

fuera de las Naciones Unidas<sup>119</sup>. Son Estados Unidos y sus aliados, y no las Naciones Unidas<sup>120</sup>, los que quieren llevar a cabo una acción armada contra Iraq. La decisión ha sido adoptada al margen del CS y por tanto, como escribe Friedman, “la de Iraq es una guerra libremente elegida”<sup>121</sup> e “inevitable [porque] no tiene en realidad objetivos confesables. EEUU siente la necesidad de meterse en guerra, de manera reiterada, para restablecer su capacidad de disuasión, desestabilizada por el 11 de septiembre”<sup>122</sup>.

En un discurso prebélico dirigido a la nación, el presidente Bush declaró que “Estados Unidos, Gran Bretaña y España continuarán trabajando con miembros del Consejo de Seguridad de la ONU para afrontar este común peligro. Hemos visto demasiados ejemplos en el pasado, desde Bosnia hasta Ruanda y Kosovo, donde el fracaso del Consejo de Seguridad de actuar decisivamente ha llevado a la tragedia. Y hemos de reconocer que algunas amenazas son tan graves, y las posibles consecuencias tan terribles, que deben ser eliminadas, incluso si hace necesaria la fuerza militar”<sup>123</sup>. Este texto merece una puntualización que el presidente norteamericano parece obviar: las organizaciones internacionales son la proyección institucional de la estructura de yuxtaposición de Estados, dependiendo su iniciativa y actuación de la voluntad de los Estados miembros<sup>124</sup>.

A colación de este planteamiento, Sánchez Rodríguez escribe que “es notorio que la Organización de las Naciones Unidas es quizá la institución internacional más demolidoramente criticada y sin embargo se olvida con frecuencia una consideración que estimo indispensable recordar y es que la voluntad y la actuación de la Organización no es otra cosa que la suma de las voluntades de los Estados miembros. La Organización es lo que es, para bien o para mal, porque los Estados miembros quieren que sea así”<sup>125</sup>. En fin, sobre esta cuestión es muy ilustrativo el pasaje descrito por el ex-presidente Nixon: “algunos de los diplomáticos más capaces del mundo representan a sus países en la ONU. No podrían tener una misión más frustrante. Pueden hablar de todo y no pueden hacer nada de nada. Merecen nuestro respeto y nuestra simpatía. Pero Estados Unidos no ha de someter asuntos que afecten a sus intereses a un cuerpo tan cargado de prejuicios en contra nuestra”<sup>126</sup>.

El unilateralismo de la Administración Bush alcanza su grado máximo cuando, al margen del CS, anunció el ultimátum de 48 horas<sup>127</sup> para que el presidente iraquí y sus

---

<sup>119</sup> En este sentido, el portavoz del ministerio de asuntos exteriores de China, Kong Quan, ha declarado que “la acción militar contra Iraq, llevada a cabo a pesar de la oposición de la mayoría de los países y la gente de todo el mundo, e ignorando el Consejo de Seguridad de la ONU, viola la Carta de las Naciones Unidas y los principios básicos de las leyes internacionales” (*El País*, 21 de marzo del 2003).

<sup>120</sup> Como afirma Jacques Chirac, “el marco de la ONU es el único legítimo para construir la paz, en Iraq y en todas partes” (*La Vanguardia*, 21 de marzo del 2003).

<sup>121</sup> *El País*, 11 de marzo del 2003.

<sup>122</sup> July (2003, 20 mar): “La guerra americana”, *El Mundo*.

<sup>123</sup> *La Vanguardia*, 16 de marzo del 2003.

<sup>124</sup> Merle (1991): *Sociología de las relaciones internacionales*, Madrid: Alianza Editorial: 315.

<sup>125</sup> Sánchez Rodríguez, 1997: 25.

<sup>126</sup> Nixon (1989): *1999: victoria sin guerra*, Barcelona: Planeta: 16.

<sup>127</sup> Al respecto, el presidente de Francia, Jacques Chirac, afirmó que “Estados Unidos acaban de lanzar un ultimátum a Iraq. Tanto si se trata del desarmamento necesario de Iraq o del cambio deseable de régimen



hijos abandonen el país y, de esta manera, evitar el uso de la fuerza armada<sup>128</sup>; es decir, ya no se conforma con el desarme iraquí —obligación impuesta por las Naciones Unidas—, sino que va mucho más allá e impone el cambio de régimen político en un Estado soberano<sup>129</sup> (la Resolución 1441 [2002] no pide el cambio de régimen de Iraq). En otras palabras, los Estados Unidos han usurpado funciones propias del cs, ya que son ellos los que deciden que Iraq no ha cumplido sus obligaciones, asimismo disponen un plazo —ultimátum— para el cumplimiento de tales obligaciones y finalmente, sin la cobertura legal de una resolución del cs, deciden el uso de la fuerza armada contra Iraq a pesar que el secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, había advertido que “si Estados Unidos actuara fuera del Consejo de Seguridad y emprendiera una acción militar, no estaría actuando en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” y, en todo caso, “si los miembros del Consejo de Seguridad fallan en la búsqueda de una posición común y se actúa sin la autoridad del Consejo de Seguridad, la legitimidad y soporte de esa acción será seriamente perjudicial”<sup>130</sup>.

La intervención militar contra Iraq es unilateral y, como se analizará en el próximo apartado, al margen del sistema de seguridad colectiva previsto en la CNU, siendo

en este país, no hay ninguna justificación para una decisión unilateral de recurrir a la guerra” (*Avui*, 19 de marzo del 2003).

<sup>128</sup> Según palabras del presidente Bush en su mensaje televisado la madrugada —española— del día 18 de marzo, “Tras décadas de engaños y crueldad, esto ha llegado a su fin. Saddam Hussein y sus hijos deben salir de Iraq en 48 horas. Su negativa a hacerlo originará un conflicto militar que comenzará cuando nosotros lo determinemos”.

<sup>129</sup> Como sostiene el arabista Martínez Montávez, “han repetido hasta la saciedad, en todos los tonos y a todos los niveles, con todos los registros e intenciones, que su propósito irrenunciable y determinante es el desarme de Iraq; precisemos, porque los belicistas en esto son rotundamente precisadores, hasta la obsesión: el desarme del régimen de Saddam Hussein. Y no es verdad, nos están engañando, lo que quieren es la ocupación del país; instalándose en él por largo tiempo, gestionarlo por completo y a su gusto en todos los órdenes: económica, política, geoestratégicamente” (Martínez Montavez [2003, 20 mar]: “Además del desarme, quieren la ocupación”, *El Mundo*). Según Joschka Fischer, ministro alemán de asuntos exteriores, “debemos dejar claro que en las actuales circunstancias, una intervención no tiene ninguna credibilidad. No hay base en la Carta de Naciones Unidas para justificar un cambio de régimen por la fuerza” (*El País*, 20 de marzo del 2003). Por otra parte, como observa la socióloga Martín Muñoz, “la política americana con respecto a la democracia y los derechos humanos en Iraq y Oriente Próximo carece de toda credibilidad: EE. UU. continuó dando apoyo militar, económico y diplomático a Saddam Hussein en los momentos en que cometió las peores violaciones de los derechos humanos; y la actual política norteamericana se basa en reprochar al régimen iraquí sus violaciones mientras apoya a otros regímenes de la región que violan de manera intensiva los derechos humanos (y no piensan solo en las dictaduras árabes, sino también en Israel). Todo ello pone profundamente en duda la existencia de un plan convincente sobre lo que EE. UU. va a hacer tras la invasión militar”. Además, según esta misma profesora, resulta pueril tratar de defender que el “cambio de régimen en Iraq resolverá dicho problema (el desarme iraquí). Aquellos que dicen que ningún régimen iraquí haría lo mismo que Saddam Hussein e incluso pretenden creerse que lo que va a venir va a ser un régimen democrático bajo palio norteamericano, deberían reconsiderar su opinión, porque la cuestión de las armas en Oriente Próximo sobrepasa la divisoria entre dictadura o democracia ¿Por qué un Iraq democrático iba a tener menos necesidad de armas de destrucción masiva que un Gobierno elegido democráticamente en Israel?” (Martín Muñoz [2003, 21 mar]: “El uso oportunista de Sadam y el silencio cómplice”, *El País*).

<sup>130</sup> *El País*, 11 de marzo del 2003.



calificada desde diferentes sectores como inmoral<sup>131</sup>, injustificada<sup>132</sup>, ilegítima<sup>133</sup> e ilegal<sup>134</sup>. No es extraño, pues, que en el seno de la UE, durante la reunión de los líderes políticos de los quince en Bruselas, el primer ministro británico, Tony Blair, dejara vislumbrar la iniciativa británico-norteamericana de una resolución del CS para la posguerra en Iraq. Resolución que, en palabras críticas del presidente francés, Jacques Chirac, sería “una forma de legitimar a posteriori una intervención militar”<sup>135</sup>, tal como sucedió en el conflicto de Kosovo con la Resolución 1244 (1999)<sup>136</sup>. Por otra parte, esta actuación unilateral de Estados Unidos contra Iraq, al margen de la legalidad internacional, “sienta un precedente peligroso para el futuro: que haya prevalecido la guerra preventiva y la irrelevancia de la ONU puede ser ejemplo para acciones similares de potencias emergentes y regionales”<sup>137</sup>.

<sup>131</sup> Vidal-Folch afirma su inmoralidad sobre la base de seis circunstancias, a saber: no ha sido autorizada por la autoridad competente (el CS); no existe una justa causa, sino más bien unas causas injustas (como por ejemplo, gobernar a otros contra su voluntad con el pretexto de que es bueno para ellos); no hay una recta intención (el doble rasero: Israel ha incumplido 64 resoluciones de las Naciones Unidas); que el mal que siempre genera una guerra no sea inútil (esta por ver) y la proporcionalidad en los medios de combate que se plasme en un respeto a los inocentes (Vidal-Folch [2003, 20 mar]: “Esta guerra es inmoral”, *El País*).

<sup>132</sup> Tras el ataque contra Iraq, el presidente de Rusia, Vladimir Putin, afirmó que se trataba de “una acción militar que no puede ser justificada por nada” contra un país “que no representaba ningún peligro internacional” y, por consiguiente, se “trata de un gran error político” que “amenaza con destruir el sistema de seguridad internacional existente”. Además, “ningún país del mundo se podrá sentir seguro si se permite que el Derecho Internacional sea sustituido por la ley del puño, a tenor de la que el fuerte siempre tiene razón, tiene derecho a todo y no está restringido por nada al elegir los medios para sus fines” (*El País*, 21 de marzo del 2003). Al respecto, el historiador Garton Ash describe la idea *rumfeldiana* (Donald Rumsfeld) de la crisis: “Estados Unidos tiene razón porque tiene poder. Tiene razón porque es Estados Unidos. El país norteamericano es [...] la única hiperpotencia. La tierra de la libertad está siendo atacada por el terrorismo internacional. [...] Y tiene la obligación de defenderse. Además, al final, extenderá la democracia a lugares como Iraq, de forma que hará que el mundo sea un lugar mejor. Si hay aliados que quieran ayudar, estupendo. Si no [...]” (Garton Ash [2003, 21 mar]: “Tras la tormenta de arena”, *El País*).

<sup>133</sup> Los 22 países de la Liga Árabe, reunidos en El Cairo, condenaron la invasión de Iraq y en el comunicado final calificaron la intervención de los Estados Unidos de ilegítima. Sobre la ilegitimidad, el artículo del expresidente de Portugal Mario Soares (2003, 23 mar): “Una guerra ilegítima”, *La Vanguardia*.

<sup>134</sup> El día 21 de marzo, el ministro de asuntos exteriores ruso, Igor Ivanov, tras declarar que la operación militar en Iraq “es una acción ilegal que no tiene ninguna base jurídica” (*La Vanguardia*, 22 de marzo del 2003), anunció en su comparecencia ante la Duma que la diplomacia rusa había formulado una propuesta formal ante la ONU en la que se cuestiona la legalidad de la guerra: “hemos planteado junto con otros Estados esta cuestión ante los servicios jurídicos de la ONU. Si el Consejo de Seguridad califica la acción de Estados Unidos de agresión, entonces serán tomadas las medidas correspondientes. Sin una resolución correspondiente del Consejo de Seguridad de la ONU, la ocupación es el resultado de un recurso ilegal a la fuerza contra la integridad territorial y la independencia política de Iraq” (*El Mundo*, 22 de marzo del 2003).

<sup>135</sup> El presidente francés, tras mostrarse no partidario de esta resolución, apuntó que ahora debe “recuperarse la legalidad internacional de la que desgraciadamente se ha salido porque la guerra no fue aprobada por el Consejo de Seguridad” (*El País*, 22 de marzo del 2003).

<sup>136</sup> Posteriormente la actuación militar de Estados Unidos y sus aliados no se convalidó, pero se “formalizó” a través de dos resoluciones: se reconoce a Estados Unidos y Gran Bretaña como potencias ocupantes —Resolución 1483 (2003)— y se reconoce un estatus a las fuerzas ocupantes —Resolución 1511 (2003)—. La diferencia con el supuesto de Kosovo y la OTAN es notable. En Kosovo se legaliza el uso de la fuerza armada y en Iraq se formaliza la situación de facto, legitimándose la ocupación resultante de una guerra ilegal (la ocupación deja de ser un acto de agresión).

<sup>137</sup> Nadal (2003, 23 mar): “Un peligroso precedente”, *La Vanguardia*.

Este unilateralismo viene fomentado por la nueva práctica en el ejercicio del uso de la fuerza armada previsto en el capítulo VII de la CNU. En primer lugar, los Estados pueden decidir al margen de las Naciones Unidas el recurso a la fuerza armada y luego intentar que el CS legitime esta mediante su autorización (recuérdese: las Naciones Unidas como instancia legitimadora). En segundo, la práctica actual deja en manos de los Estados la conducción de las operaciones militares, pues no se realiza bajo la autoridad del CS ni se utiliza el mecanismo del Comité de Estado Mayor. Por consiguiente, como puede advertirse, se trata de una práctica que fomenta el unilateralismo en tanto que concede “un margen excesivo al libre despliegue de intereses particulares estatales de poder político y económico”<sup>138</sup>.

En definitiva, la postura de los Estados Unidos —su unilateralismo<sup>139</sup>— ha provocado la aparición de discrepancias entre los diferentes Estados y, especialmente, en el seno del CS<sup>140</sup> (Francia<sup>141</sup>, China y Rusia), de la OTAN (Francia, Alemania y Bélgica) y la UE<sup>142</sup>, poniendo en duda la retórica antiterrorista de las autoridades estadounidenses<sup>143</sup> y haciendo pensar que bajo la misma se encubren otros intereses de carácter partidista. La Administración Bush ha embarcado a la humanidad en una nueva guerra que, a todas luces, es innecesaria ya que “Iraq no representa hoy una amenaza inminente que justifique una guerra”<sup>144</sup>, pues como recuerda el primer principio que

<sup>138</sup> Pastor Ridruejo (2001): *Curso de Derecho Internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid: Editorial Tecnos: 740.

<sup>139</sup> En todo caso, tal como advierte Joseph Nye, subsecretario de defensa con la Administración Clinton, “el poder no se puede considerar homogeneizado por el dominio militar” y, como ejemplo, escribe que “Roma no sucumbió por el auge de un nuevo imperio, sino debido a la decadencia interna” (Nye [2003, 24 mar]: “EE. UU. no puede lograr unilateralmente sus objetivos”, *El País*).

<sup>140</sup> En palabras del ex presidente Bill Clinton, “desgraciadamente, el Consejo [de Seguridad] tras la [resolución] 1441 se ha resquebrajado. Saddam ha destruido algunos misiles, pero fuera de eso, ha hecho solo lo que cree necesario para mantener a la ONU dividida en el uso de la fuerza” (*La Vanguardia*, 19 de marzo de 2003).

<sup>141</sup> Enfrentado a la hipótesis de una intervención unilateral de Estados Unidos y sus aliados, el presidente de la República francesa, Jacques Chirac, declaró que sería “un precedente muy peligroso” (*La Vanguardia*, 11 de marzo de 2003).

<sup>142</sup> Tras el ataque a Iraq, los 15 líderes de la UE reunidos en Bruselas reconocieron su incapacidad para superar el cisma que sufren y se limitaron a suscribir unos acuerdos mínimos para intentar recomponer la fractura existente en su seno.

<sup>143</sup> La periodista de *The New York Times*, Maureen Dowd, escribió que en esta guerra Estados Unidos no iba a bombardear a quien le atacó (Osama Bin Laden), a quien le intercepta los aviones (Corea del Norte), a quien contribuyó a financiar el 11 de septiembre (Arabia Saudí), a quien esconde a Osama y sus cómplices (Pakistán) o a países con experiencia probada de ser anfitriones de terroristas (Irán, Líbano y Siria). También el profesor de Princeton Paul Krugman se pregunta “¿necesito señalar que es Corea del Norte, no Iraq, el claro peligro actual? el programa nuclear de Kim Jong no es ni un rumor ni una falsificación: es una incipiente cadena de montaje de bombas. Pero el gobierno insiste en que esa es una mera crisis regional y se niega incluso a hablar con Kim” (Krugman [2003, 18 mar]: “Bush y el motín del Caine”, *El País*). Así, “en otras palabras, existen motivos objetivos para desembarazarse definitivamente de Saddam Hussein, pero derrotar al terrorismo internacional no es uno de ellos” (Hernández Puértolas [2003, 17 mar]: “El motivo oficial”, *La Vanguardia*).

<sup>144</sup> Asimismo, el presidente francés, Jacques Chirac, añade que “fiel al espíritu de la CNU, que es nuestra ley común, Francia considera que el recurso a la fuerza es el último recurso, una vez agotadas todas las otras opciones. La posición de Francia es compartida por la gran mayoría de la comunidad internacional. Los últimos debates han demostrado claramente que el Consejo de Seguridad no estaba dispuesto, en las presentes

proclama la encíclica de Juan XXIII *Paz en la Tierra* —por cierto, el día 11 de abril del presente año se celebra el cuarenta aniversario de su publicación— “resulta absurdo en nuestra época [...] que la guerra sea todavía un medio apto para reparar los derechos violados”.

### **3. Las polémicas bases legales del uso de la fuerza armada contra Iraq: la Resolución 1441 (2002) y la vigencia de la Resolución 678 (1990)**

En la Resolución 1441 (2002), de 8 de noviembre, aprobada por el cs en su 4644 sesión, actuando en virtud del capítulo vii, el cs “decide que Iraq ha incurrido y sigue incurriendo en violación grave de sus obligaciones con arreglo a las resoluciones en la materia, entre ellas la Resolución 687 (1991), en particular al no cooperar con los inspectores de las Naciones Unidas y con el OIEA y no llevar a cabo las medidas previstas en los párrafos 8 a 13 de la Resolución 687 (1991)” (párrafo 1) y, por ello, “decide [...] conceder al Iraq, en virtud de la presente Resolución, una última oportunidad de cumplir sus obligaciones en materia de desarme con arreglo a las Resoluciones pertinentes del Consejo” (párrafo 2); además, “el hecho de que el Iraq deje en cualquier momento de cumplir la presente Resolución y de cooperar plenamente en su aplicación constituirán una nueva violación grave de las obligaciones del Iraq” (párrafo 4). En consecuencia, el cs “recuerda, en este contexto, que ha advertido reiteradamente al Iraq que, de seguir infringiendo sus obligaciones, se expondrá a graves consecuencias” (párrafo 13) y, de esta forma, la citada resolución se presenta como un triunfo más del unilateralismo practicado desde la Casa Blanca<sup>145</sup>.

El texto contenido en la resolución es objeto de polémica. Así, las autoridades estadounidenses y sus aliados lo interpretan como una autorización para la intervención militar<sup>146</sup>, mientras que Alemania, Rusia<sup>147</sup> y Francia<sup>148</sup> entienden que es el punto de partida de un proceso posterior en las Naciones Unidas<sup>149</sup>. Como señala el director del Instituto Francés de Relaciones Internacionales, Thierry de Montbrial, “ambos bandos

---

circunstancias, a avalar un camino precipitado a la guerra” (*La Vanguardia*, 19 de marzo de 2003). En este mismo sentido, el canciller alemán, Gerhard Schröder, declaró que “mi pregunta era y es: ¿justifica la amenaza que representa el dictador iraquí el uso de la guerra? [...] Mi respuesta era y es: ¡No!” (*La Vanguardia*, 19 de marzo de 2003).

<sup>145</sup> Al respecto, cfr. *The Washington Post* y *The New York Times*, 8 de noviembre de 2002.

<sup>146</sup> El 10 de marzo del 2003, el presidente del Estado español, José María Aznar, resaltó en una entrevista concedida a la cadena privada de televisión Tele 5 que la intervención armada contra Iraq está amparada por la Resolución 1441 (2002), que es la última oportunidad para Iraq (*El País*, 11 de marzo del 2003). En este mismo sentido, Ana Palacio, ministra de Asuntos Exteriores del Estado español, declaró que “la Resolución 1441 es habilitación suficiente para intervenir” en Iraq (*El País*, 11 de marzo del 2003).

<sup>147</sup> El ministro de asuntos exteriores ruso, Igor Ivanov, declaró que “la Resolución 1441 no da a nadie el derecho a utilizar la fuerza de manera automática” (*La Vanguardia*, 22 de marzo del 2003).

<sup>148</sup> En este sentido, el primer ministro canadiense, Jean Chrétien, ha declarado que su país no participará en la intervención militar porque el cs no ha autorizado el ataque (*El País*, 18 de marzo del 2003).

<sup>149</sup> Al respecto, cfr. Nadal (2003, 16 feb): “La diplomacia, maltrecha”, *La Vanguardia*.

han considerado la Resolución 1441 como una victoria propia, ocultado en un primer momento unas interpretaciones”<sup>150</sup>.

En la comentada resolución el cs constata los siguientes extremos:

- que Iraq ha violado y sigue violando las obligaciones contraídas en virtud de las resoluciones anteriores en la materia;
- que esta Resolución es la última oportunidad para demostrar su buena fe y cumplir sus obligaciones en materia de desarme;
- que si Iraq no coopera plenamente en la ejecución de esta resolución, nuevamente incurrirá en una violación grave de sus obligaciones;
- que si Iraq persiste en el incumplimiento de sus obligaciones “se expondrá a graves consecuencias”.

La frase “se expondrá a graves consecuencias” (párrafo 13) unida a la de que la Resolución 1441 (2002) concede “una última oportunidad” (párrafo 2), y todo ello en el marco del capítulo VII de la Carta, ha llevado a Estados Unidos y sus aliados a interpretar que el cs, a través de esta resolución, está autorizando el uso de la fuerza armada en caso de que Iraq incumpla sus obligaciones<sup>151</sup>. Este es un planteamiento del todo objetable que, además, responde a una lectura política —no jurídica— interesada. De este modo, Estados Unidos y sus aliados deducen que implícitamente se autoriza el uso de la fuerza armada contra el régimen iraquí. Así pues, es necesario advertir que la Resolución 1441 (2002), en primer lugar, no autoriza de forma expresa la utilización de la fuerza armada —al contrario de lo que había ocurrido en las Resoluciones 678 (1990), 940 (1994) y 1264 (1999)— porque la frase “el uso de todos los medios necesarios”, que aparecía en el borrador presentado el 23 de octubre, fue modificada en el texto final por “graves consecuencias”. En segundo lugar, no estipula el tiempo o plazo concedido a Iraq para cumplir con sus obligaciones. Además, atendiendo a esta circunstancia y como la resolución se enmarca en el capítulo VII, cabe la hipótesis de que el cs al referirse a “graves consecuencias” estuviera pensando en aplicar nuevas medidas del artículo 41, es decir, acciones que no conllevan el uso de la fuerza armada.

Por consiguiente, al tenor de su contenido, la Resolución 1441 (2002) no puede ser englobada en la esfera de la nueva práctica en el ejercicio del uso de la fuerza armada originada por la Resolución 678 (1990). La Resolución 1441 (2002) no implica una autorización institucional para el uso de la fuerza armada porque el cs no ha autorizado a través de dicha resolución a ningún Estado miembro para adoptar medidas coercitivas en su nombre. En este contexto, como ya se ha indicado en otro lugar, las autoridades de Estados Unidos y sus aliados también han invocado en orden a legitimar el uso de la fuerza armada la vigencia de resoluciones anteriores del cs. Con toda seguridad están pensando en la Resolución 678 (1990), pero debe recordarse que mediante la Resolución 687 (1991) se puso fin oficial al uso de la fuerza armada contra Iraq.

<sup>150</sup> Montbrial (2003, 22 mar): “Más allá del enfrentamiento”, *El País*.

<sup>151</sup> Así, el primer ministro británico, Tony Blair, declaró que “lo que estamos haciendo es mantener la autoridad de las Naciones Unidas y ser fieles a nuestras obligaciones bajo la ley internacional”, pues los signatarios de la Resolución 1441 (2002) “ya sabían lo que firmaban” y que la advertencia de “serias consecuencias” a Iraq “constituía un eufemismo para la guerra” (*La Vanguardia*, 16 de marzo del 2003).

Sobre esta cuestión, la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado español emitió un informe, de fecha 8 de octubre del 2002, en el que se indica expresamente que apoyar el uso de la fuerza armada contra Iraq en la Resolución 678 (1990) requeriría previamente que el cs “reactivara” esa autorización con una nueva resolución que “reafirmara sus anteriores resoluciones”, “advirtiese solemnemente al régimen iraquí de las graves consecuencias que tendría su continuada incumplimiento” y “constatase formalmente ese grave incumplimiento”. Desde nuestra perspectiva, la Resolución 1441 (2002) no puede ser considerada como la resolución que reactiva la autorización contenida en la 678 (1990) porque no reafirma las resoluciones anteriores, sino que expresamente dice recordando todas sus resoluciones “y tan solo reafirma el compromiso de todos los Estados Miembros con la soberanía y la integridad territorial del Iraq, Kuwait y los estados vecinos”.

En este contexto la pregunta parece obvia: si Estados Unidos y sus aliados entienden que la resolución permite el uso de la fuerza armada contra Iraq ¿por qué este empeño en aprobar una nueva resolución en el seno del cs? ¿por qué este despliegue diplomático de Estados Unidos y sus aliados para conseguir los nueve votos necesarios —y la ausencia del posible veto francés, ruso y/o chino— para poder conseguir la adopción de una nueva resolución? La respuesta también puede ser obvia: como se ha indicado anteriormente, atendiendo a la nueva práctica generada en la aplicación de las medidas del artículo 42 de la Carta, las Naciones Unidas han adquirido la imagen de una instancia legitimadora del uso de la fuerza armada y, de esta forma, Estados Unidos y sus aliados desean la autorización del cs para legitimar la decisión, adoptada fuera de las Naciones Unidas, de recurrir a la fuerza armada contra Iraq y, de esta forma, enmascarar su unilateralismo<sup>152</sup>. Así, una resolución del cs redactada según la práctica indicada otorgaría respetabilidad al uso de la fuerza armada. En palabras de Remiro Brotóns, las resoluciones de este órgano se asemejan a “las bulas alejandrinas, que otorgaban a un príncipe, con exclusión de los demás, tareas de cristianización, en lugar de acudir, como en las Cruzadas, a una acción colectiva”<sup>153</sup>. Así pues, atendiendo a este planteamiento, puede concluirse que, a pesar de las afirmaciones realizadas en público por Estados Unidos y sus aliados respecto a la presunta autorización contenida en la Resolución 1441(2002), las dudas internas existen y de ahí la búsqueda de una nueva resolución<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> “Por eso, porque era claro que la Resolución 1441 no daba cobertura legal a la guerra, durante estas últimas semanas Bush, Blair y Aznar han dedicado todos sus esfuerzos, con muy poca fortuna, a conseguir una segunda resolución que se la diera. Una segunda resolución que, según el trío de las Azores, era conveniente, pero no necesaria. Si no era necesaria, ¿por qué era conveniente?, ¿para qué o para quién lo era? Era conveniente para los tres porque a ninguno de ellos le interesaba quedar al margen de la legalidad internacional” (Santamaría Ossorio [2003, 25 mar]: “La opinión pública y la guerra”, *El País*).

<sup>153</sup> Remiro Brotóns, 1996: 188.

<sup>154</sup> El día 17 de marzo, Bush declaró que “el Consejo de Seguridad no había Estado a la altura de su responsabilidad” al no respaldar el uso de la fuerza armada con una nueva resolución (*El País*, 18 de marzo del 2003). Esta afirmación puede considerarse un lapsus por parte de los redactores del discurso, pues se está reconociendo que dicho órgano no autoriza el uso de la fuerza armada.



# Las víctimas del conflicto iraquí

JAIME CLEMENTE SAMPIETRO

Historiador

Miembro del grupo de investigación sobre  
Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial  
Universidad de Lleida

*No hay democracia posible sin una buena red de comunicaciones y sin el máximo de informaciones. Gracias a la información el hombre vive como un hombre libre.*

(Ignacio Ramonet, 1998)<sup>1</sup>

*Inter armas silent leges.*

(Marco Tulio Cicerón)

SUMARIO: I. Introducción. II. La perspectiva militar: 1. Los antecedentes: Iraq en el transcurso de veintitrés años de conflictos bélicos; 2. La guerra simétrica; 3. La guerra asimétrica; 4. Elementos comunes a los dos modelos de guerra. III. La perspectiva política: 1. La finalidad de la constitución de un Estado hueco; 2. Aproximación al limbo jurídico; 3. Ilegalidad de las actuaciones; IV. La perspectiva económica.V. Conclusiones.

---

<sup>1</sup> Ramonet (1998): *La tiranía de la comunicación. El papel actual de la comunicación*, Barcelona: Editorial Debate: 191-192.



## I. Introducción

La finalidad del presente artículo será evaluar la situación humanitaria en que se encuentra la sociedad iraquí<sup>2</sup> tras la implosión de su Estado, y su posterior reconstrucción en el transcurso de una guerra asimétrica. Una leve ampliación cronológica del conflicto bélico aportará una perspectiva adecuada para poder calibrar el impacto real de la guerra iniciada en Iraq el 20 de marzo de 2003. Seguidamente, se procederá a estudiar las repercusiones que el despliegue de las medidas, —militares, políticas y económicas—, efectuadas por Estados Unidos, que lideran las fuerzas de la coalición, ha producido sobre la población iraquí en los últimos cinco años. El resultado de dichas transformaciones ha recaído sobre una población civil que en la actualidad padece una avanzada e irreversible necrosis estructural.

La inexistencia de una metodología precisa aplicable al estudio de las víctimas, en los conflictos armados, solo permite una aproximación imprecisa a su realidad. Se ha prestado atención a este problema epistemológico detectado en la mayoría de informes y estudios consultados. Como respuesta, el análisis de las víctimas se vertebrará teniendo en cuenta la aplicación del Derecho Internacional humanitario y de los derechos humanos por parte de Estados Unidos y las fuerzas de la coalición. Se intentará medir, en el caso iraquí, la aplicación de instrumentos jurídicos relativos a la protección de las personas, como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (de 10 de diciembre de 1948), el PIDCP de 1966 (en vigor desde el 23 de marzo de 1976) y el PIDESC de 1966 (en vigor desde el 3 de enero de 1976)<sup>3</sup>.

## II. La perspectiva militar

### 1. Antecedentes: Iraq en el transcurso de veintitrés años de conflictos bélicos

La consecución de tres conflictos de relevancia internacional ha configurado la historia reciente de Iraq, al tiempo que ha condicionado sus pretensiones geoestratégicas en la región del Próximo Oriente. La guerra irano-iraquí (1980-1988)<sup>4</sup>; la invasión de

---

<sup>2</sup> La complejidad del tema junto a la concisión expositiva utilizada implica la imposibilidad de analizar algunos factores que han incidido, en menor medida, en el quebrar de la sociedad iraquí.

<sup>3</sup> Los instrumentos internacionales de derechos humanos pueden encontrarse en la página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

<sup>4</sup> La mayoría de fuentes tienden a situarse en el millón de muertos sin especificar el porcentaje de civiles. Pueden consultarse las siguientes: La web remilitari efectúa recuentos sobre la mayoría de conflictos bélicos. Es preciso mostrar cierta cautela con los datos que proporciona, aunque resulten convincentes, ya que no se especifica ni su autoría ni las fuentes utilizadas para elaborarlos. Se puede acceder a la web en la dirección <http://www.remilitari.com/guias/victimario2.htm>. También cfr. Thabit A. J. Abdullah (2008): *Dictadura, imperialismo y caos: Iraq desde 1989*, Barcelona: Intermón Oxfam Editorial: 53; Segura (2004): *Señores y vasallos del siglo XXI. Una explicación de los conflictos internacionales*, Madrid: Alianza Editorial: 123.

Kuwait (1990-1991)<sup>5</sup> y su prolongación posterior; 12 años de sanciones<sup>6</sup> interpuestas por las Naciones Unidas (1991-2003)<sup>7</sup>. La computación total de víctimas mortales proyectadas en los tres conflictos enunciados proporciona la estimación de 1 403 000 muertos militares y civiles iraquíes, desconociéndose otros datos como: heridos, desaparecidos, etc.

La concatenación de estos conflictos bélicos ha ido deteriorando el Estado iraquí, cuyas disfunciones han contribuido a la progresiva pauperización del grado de desarrollo alcanzado antes de los años ochenta, y han condicionando el desarrollo de su sociedad. En el caso de las sanciones, sus efectos han constatado que el progresivo deterioro del Estado y la sociedad iraquí responden a la convergencia simultánea de tres factores interdependientes: Un régimen represivo; unas infrangibles sanciones internacionales acompañadas de un embargo económico; y finalmente, una continuidad de las operaciones militares<sup>8</sup>, prolongadas hasta el conflicto bélico iniciado el 20 de marzo de 2003.

Los informes realizados por los coordinadores humanitarios de las Naciones Unidas que trabajaban en Iraq, muestran las devastaciones ocurridas en el período descrito. Hans C. von Sponeck lo sintetiza de forma excelente<sup>9</sup>: “Este vínculo responsabilizaba a la población civil de los actos armados de su gobierno y, por tanto, convertía las sanciones en una herramienta para castigar a personas inocentes por algo que no habían hecho”.

La presentación de dichos informes ante la comunidad internacional, enfatizando una exhausta población iraquí, no evitó el inicio de un nuevo conflicto bélico el 20 de marzo de 2003. Sin embargo, el registro de constantes bombardeos<sup>10</sup> revela un conflicto bélico no finalizado. Su prolongación, apenas interrumpida, mediante operaciones militares entre 1991 y 2003 refuerza la premisa cronológica según la cual se establece que el conflicto bélico pervive durante veintiocho años. Soslayar estas actividades

---

<sup>5</sup> No se ha encontrado un recuento preciso de las víctimas mortales. Se aporta la cifra de 103 000 muertos (100 000 soldados iraquíes, 2 300 civiles iraquíes por bombardeo aliado y 400 soldados aliados (la mayoría norteamericanos); en línea en <http://www.remilitari.com/guias/victimario2.htm> [citado 27 may 12].

<sup>6</sup> Las sanciones fueron impuestas por el cs de las Naciones Unidas mediante la Resolución 687. Estas se iniciaron en enero-febrero de 1991 y fueron derogadas el día 22 de mayo de 2003.

<sup>7</sup> Se constata la ausencia de estudios rigurosos que muestren el impacto real de las sanciones sobre la población iraquí. Respecto al número de víctimas civiles que generó este embargo, de 1991 a 1998 algunas estimaciones sitúan la cifra de 1 000 000 de víctimas, de ellas 500 000 niños en <http://www.remilitari.com/guias/victimario2.htm> [citado 27 may 12]. El objetivo principal de las sanciones internacionales, estaba orientado a derrocar el Gobierno Ba'az y fracasó rotundamente reforzando el poder de una indomne cúpula militar.

<sup>8</sup> Denominada Provide Comfort (1991) e iniciada al término de la Operación Zorro del Desierto.

<sup>9</sup> Destacan las dimisiones de los coordinadores humanitarios de Naciones Unidas en Iraq con rango de secretario general adjunto, Denis Halliday y H. C. von Sponeck. Para recavar más información: Sponeck (2007): *Autopsia de Iraq. Las sanciones: otra forma de guerra*, Madrid: Ediciones del Oriente y del Mediterráneo: 508. Destaca el análisis del impacto de las sanciones sobre la población iraquí (504-513).

<sup>10</sup> Noam Chomsky, Ignacio Ramonet y Hans C. von Sponeck sitúan el inicio del conflicto bélico en momentos anteriores. Gran cantidad de bombardeos aéreos se efectuaron sobre territorio iraquí desde 1991, período en el que estaban vigentes las sanciones (cfr. Chomsky [2007]: *Intervenciones*, Madrid: Editorial siglo XXI de España Editores: 106; Ramonet [1998]: “Lecciones de una “no guerra””. *Le Monde Diplomatique* [edición española], 29; Luizard [1999]: “Iraq. La decisión de atacar sin consultar a la onu”. *El Estado del mundo 2000. Anuario económico y geopolítico mundial*: 205; Sponeck [2007]: *Autopsia de Iraq. Las sanciones: otra forma de guerra*, Madrid: Ediciones del Oriente y del Mediterráneo: 40).

militares descontextualizaría la guerra iniciada en 2003 e impide una correcta evaluación de la situación en la que se encontraba la estructura social iraquí.

El hilo conductor del conflicto bélico ha sido el uso desproporcionado de la fuerza por parte de Estados Unidos<sup>11</sup> y los miembros de la coalición. Una plausible explicación vendría determinada por la ingente superioridad militar de las tropas de la coalición en relación a un ejército iraquí muy desgastado por veintitrés años de conflictos bélicos. Intentar plasmar los efectos que ha provocado la imposición de un nuevo Estado en Iraq, mediante el uso de la fuerza militar, impulsada por Estados Unidos y sus aliados, sobre la sociedad civil iraquí implica distinguir dos modelos de guerra bien diferenciados: La guerra simétrica y la guerra asimétrica<sup>12</sup>.

## 2. La guerra simétrica

En el caso iraquí resulta difícil precisar el inicio de la guerra simétrica. Su desarrollo ha seguido unas pautas similares, en el plano cronológico, a las de la primera guerra del Golfo de 1991. Estados Unidos, liderando las tropas de la coalición, inició el 20 de marzo de 2003 una campaña militar contra el ejército iraquí dirigido por Saddam Hussein. La guerra duró prácticamente un mes. El 1 de mayo de 2003 el presidente George Bush anunció a bordo del portaaviones *Abraham Lincoln* que daba por finalizadas las hostilidades en Iraq. Como ya sucedió en 1991 Iraq volvió a perder<sup>13</sup>. En este sentido el general de los marines Anthony Zinni explicaba: “La Tormenta del Desierto funcionó porque dimos con el único malvado del planeta lo suficientemente tonto como para enfrentarse con Estados Unidos de forma simétrica<sup>14</sup>”.

---

<sup>11</sup> Es necesaria una comprensión de la evolución de la política exterior de Estados Unidos, en los últimos decenios, para poder entender el desarrollo del conflicto bélico de Iraq. El protagonismo, como potencia hegemónica en el plano militar, es el resultado de salir invicto de la guerra fría. Los diversos gobiernos, con preeminencia republicana, han optado por decisiones unilaterales caracterizadas por el uso del poder duro. En el caso iraquí, la política exterior norteamericana ha colisionado con una gran parte de la comunidad internacional que, más proclive a soluciones multilaterales en la resolución de conflictos, defendía el uso del poder blando. (Los conceptos acuñados de *poder duro* y *poder blando* pueden consultarse en Joseph Nye (2003): *La paradoja del poder norteamericano*, Madrid: Santillana Ediciones Generales; y en una excelente ampliación efectuada por Sebastián (2004): *Pies de barro. La decadencia de los Estados Unidos de América*, Barcelona: Ediciones Península.

<sup>12</sup> Si bien algunos aspectos se pueden adscribir a un modelo de guerra estipulado, existen otros de difícil ubicación. Este problema, de naturaleza insoluble, se ha intentado solventar mediante un apartado que adjuntará las repercusiones globales de la guerra y sus efectos sobre la población civil iraquí. La ausencia de una cuantificación precisa de víctimas civiles (muertos, heridos, desaparecidos, desplazados y refugiados) impide la posibilidad de distinguir los causados por los dos modelos de guerra enunciados. La incertidumbre de cifras induce a establecer un balance conjunto de las víctimas civiles.

<sup>13</sup> Prácticamente se calcaron los mismos patrones. En la guerra del Golfo (de 2 de agosto de 1990 a 3 de marzo de 1991) tras realizar un ataque aéreo, que duró seis semanas, se procedió a atacar a las tropas iraquíes por tierra. Este modelo se ha vuelto a reproducir; primero se bombardea y luego se da paso al ejército de tierra.

<sup>14</sup> Rojo (2001, 29 sep): “Una guerra muy poco televisiva”, *El Mundo* [en línea en [http://www.elmundo.es/papel/2001/09/29/mundo/1054056\\_imp.html](http://www.elmundo.es/papel/2001/09/29/mundo/1054056_imp.html), citado 27 may 12].

Sadam Huseín cometió por segunda vez el mismo error; se enfrentó directamente contra un ejército muy superior demostrando su ineptitud como estrategia militar. Lo peor fueron las consecuencias sobre la población civil.

La primera. Prevalece la supremacía de los bombardeos. Los bombardeos, a pesar de ser discriminados en la selección de sus objetivos, continúan provocando un elevado número de víctimas civiles<sup>15</sup>, a las que se han denominado eufemísticamente “efectos o daños colaterales”. Se ha constatado el desastre humanitario que ha provocado el uso de este tipo de tácticas sobre la sociedad civil en el Estado de Iraq<sup>16</sup>.

La segunda. Persiste la destrucción de equipamientos e infraestructuras consideradas, desde la perspectiva militar, objetivos prioritarios. El problema derivado de estas actividades radica en su doble uso<sup>17</sup>, militar y civil, intrínsecos a ciertos equipamientos e infraestructuras. Las graves secuelas que provocan estos destrozos sobre la sociedad civil resultan incuantificables<sup>18</sup>. En el caso iraquí se ha constatado efectos perniciosos en el suministro eléctrico, el abastecimiento de agua y la destrucción de viviendas que derivan y afectan de modo directo a la sociedad. El informe presentado en 2007 por el CICR describe la situación: “Una gran parte de las infraestructuras vitales de Iraq está en malas condiciones de ser reparadas debido a la escasez de mantenimiento y porque las limitaciones de seguridad han impedido el trabajo de reparación de las redes de

---

<sup>15</sup> Los estudios realizados, acabada la segunda guerra mundial, en el United States Strategic Bombing Survey (USBS) por el profesor Jonh Kenneth Galbraith muestran los graves daños que provocan estas tácticas militares sobre la población civil y su ineficacia militar. “En las ciudades, la crueldad y la muerte aleatorias infligidas desde el cielo no tuvieron ningún efecto apreciable sobre la producción de guerra o sobre la guerra en general”, y las mismas conclusiones se extraen de los bombardeos estratégicos de las industrias, los transportes o la industria que construía aviones. Provocó el efecto contrario, aumentó su producción y mejoró su gestión. No se convierte en un factor determinante para ganar la guerra (Galbraith [2004]: *La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*, Barcelona: Editorial Crítica: 91-92).

<sup>16</sup> Respecto a este tema, la abogada Karen Parker, especialista en derechos humanos y derecho humanitario, afirma: “Los ataques estadounidenses a las ciudades iraquíes han comportado una serie de acciones y el uso de armas ilegales según la ley internacional, y la población de las ciudades iraquíes ha sufrido abusos de los militares” en Karen Parker (2006): “War crimes committed by the United States in Iraq and mechanisms for accountability”, Consumers for Peace: 22 [en línea en [http://consumersforpeace.org/pdf/war\\_crimes\\_iraq\\_101006.pdf](http://consumersforpeace.org/pdf/war_crimes_iraq_101006.pdf), citado 27 may 12].

<sup>17</sup> Sirva de ejemplo los siguientes casos: carreteras, puentes, centrales eléctricas, aeropuertos, sistemas de comunicación, etc. En el caso de Iraq, el deterioro de la calidad de vida ha quedado de manifiesto, a largo plazo. Existen algunos informes respecto a bombardeos aéreos en Bagdad durante 1991 y 1993. Arkin (1998): “¿El santuario urbano durante Tormenta del Desierto?”, Portal Militar [en línea en <http://www.airpower.au.af.mil/apjinternational/apj-s/1998/1trimes98/arkin.htm>, citado 27 may 12].

<sup>18</sup> Resulta interesante la valoración efectuada por Global Policy Forum. Las ofensivas, que implicaron ataques aéreos y terrestres y ataques con blindados, han tenido como resultado el desplazamiento de cientos de miles de personas, muchas bajas civiles y una destrucción colosal de la infraestructura urbana que han dejado las ciudades, como mínimo, parcialmente inhabitables. Además de las dos ofensivas contra Faluya en abril y noviembre de 2004, bien conocidas, hubo ataques contra un número de ciudades entre las que se incluye Nayaf (abril y agosto de 2004), Tal Afar (septiembre de 2004 y septiembre de 2005), Samarra (octubre de 2004 y marzo de 2006), al-Qaim (abril-mayo de 2005), Hadiza (mayo de 2005), y Ramadi (junio-julio de 2006). Estas operaciones han afectado a más de un millón de personas (Global Policy Forum [2007]: *Guerra y ocupación en Iraq. Capítulo 6. Ataques contra las ciudades: Violación Palmira de las Convenciones de Ginebra*, IraqSolidaridad [en línea en <http://www.iraqsolidaridad.org/>, citado 27 may 12]).

energía eléctrica, de los sistemas de agua y sanidad, los servicios médicos y de otros servicios esenciales”<sup>19</sup>.

Algunos investigadores apuntan que el agua, los alimentos y la electricidad han sido utilizados, por parte de las fuerzas de la coalición, como armas de guerra o políticas de castigo. De este modo, Global Policy Forum subrayaba: “Junto con el agua, la coalición ha cortado la electricidad (que se puede utilizar para que funcionen los pozos locales) y también la comida y los suministros médicos. Se ha creado un “Estado de sitio” e impuesto una crisis humana a toda la población civil que permanece en las ciudades consideradas objetivos [militares]”<sup>20</sup>.

Estos actos se han efectuado de forma generalizada en todo el territorio de Iraq aunque destacan los asedios de ciudades como Faluya, Tal Afar y Samarra entre otras. La destrucción de unas deterioradas infraestructuras y equipamientos que generaban el suministro eléctrico en 2008<sup>21</sup> permanece en estado deplorable y no han sido restituidas. Las constantes privaciones de energía eléctrica comportan la parálisis de los sectores económicos de Iraq y tienen también gran impacto en el correcto funcionamiento de los hospitales<sup>22</sup>. En septiembre de 2004, gran parte del presupuesto inicialmente destinado a proyectos de rehabilitación del suministro eléctrico y el abastecimiento de agua —3 400 000<sup>23</sup> dólares— fueron desviados al sector de la seguridad. Para hacer frente a esta carestía, desde 2003 hasta la actualidad, se ha optado por la importación de energía de terceros países<sup>24</sup>.

En 2008 continuaba sin restablecerse el abastecimiento de agua potable con graves consecuencias en los hospitales y en la nutrición de la sociedad iraquí. La periodista Ángeles Espinosa apuntaba que, en 2008, el 70 % de la población seguía sin agua po-

<sup>19</sup> CICR (2007): “Iraq: civilians without protection” [en línea en [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/iraq-report-110407/\\$File/Iraq-report-icrc.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/iraq-report-110407/$File/Iraq-report-icrc.pdf), citado 27 may 12].

<sup>20</sup> Global Policy Forum [2007]: *Guerra y ocupación en Iraq. Capítulo 6. Ataques contra las ciudades: violación palmaria de las Convenciones de Ginebra*.

<sup>21</sup> La doctora iraquí Nour N. Al Mousawi, en una entrevista realizada por la periodista Bárbara Padilla, valorando la situación de Iraq antes del conflicto bélico, exponía, “A veces se producían cortes de luz, pero no como ahora, que siempre estamos sin electricidad. Era un país estable, sin explosiones cada dos por tres, con una economía también estable”, dentro de, la conferencia realizada por Intermón Oxfam, *Visites del Sud. Joves que cambien el món*, Sabadell, 12 de noviembre de 2008, *Diari Avui Sabadell*, 14 de noviembre del 2008.

<sup>22</sup> El informe presentado por Dahr Jamail muestra los graves estragos que supone la ausencia de suministro eléctrico en los hospitales. Algunos pacientes han muerto en el quirófano por esa ausencia: “Aunque el hospital tiene generadores, a veces no funcionan correctamente porque carecen de fuel por la continua escasez del mismo. La mayoría de los hospitales inspeccionados no tenían generadores que funcionaran bien y carecían de fondos o de piezas para poder repararlos” (Dahr Jamail [2005]: “Los hospitales iraquíes se desmoronan bajo la ocupación”, IraqSolidaridad: 18 [en línea en [http://www.nodo50.org/iraq/2004-2005/docs/dhar-jamail\\_hospitales.pdf](http://www.nodo50.org/iraq/2004-2005/docs/dhar-jamail_hospitales.pdf), citado 27 may 12]).

<sup>23</sup> Zaid al-Ali (2005): “La catástrofe económica de Iraq. La corrupción y la mala administración están detrás de la quiebra de la economía”, IraqSolidaridad [en línea en [http://www.nodo50.org/iraq/2004-2005/analisis/ali\\_12-04-05.html](http://www.nodo50.org/iraq/2004-2005/analisis/ali_12-04-05.html), citado 27 may 12].

<sup>24</sup> El abogado, Zaid al-Ali computa importaciones procedentes de: Siria, Jordania, Kuwait, Egipto y se negocia un incremento del 34 % con Irán y más del 300 % con Turquía. “El resultado es que poco a poco Iraq se ha hecho dependiente de la importación de energía cuando de hecho debería estar exportando energía” (Zaid al-Ali, 2005).

table y el 80 % carecía de alcantarillado<sup>25</sup>. El sector social más afectado es la infancia. En mayo de 2007, UNICEF advertía que “debido al deterioro de los sistemas de suministro de agua y saneamiento ambiental en el Iraq, solo un 30 % de la niñez de ese país tiene acceso al agua potable”<sup>26</sup>. Además, se ha observado un progresivo aumento de las enfermedades relacionadas con la ingesta de agua no potable.

Por último, la destrucción de ciudades y las viviendas imposibilita el regreso de la población desplazada y refugiada. En conjunto, la mala gestión de la crisis humanitaria en que se halla sumido el Estado de Iraq vulnera el artículo 25 (apartado 1) y el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. También se han vulnerado el artículo 11 del PIDESC y el artículo 1 (apartado 2) de la parte I del PIDCP. Se considera que el acceso al agua potable entraría dentro de los mismos cánones que los alimentos y, por tanto, las vulneraciones descritas servirían para el apartado que trata la nutrición.

La tercera. Existe presencia de medios de comunicación y periodistas<sup>27</sup> en las primeras semanas del conflicto bélico que coinciden con los bombardeos a distancia. Al no existir una compilación exhaustiva del número de víctimas en todo el territorio de Iraq, sus actividades dirigidas a narrar y filmar la guerra no alteran su transcurso.

### 3. La guerra asimétrica

Resulta complicado fijar el día exacto que finalizó la guerra simétrica<sup>28</sup>, aceptándose el 1 de mayo de 2003 como el inicio de la guerra asimétrica. Las pautas clásicas se reproducen en Iraq por la presencia militar norteamericana —y las fuerzas de la coalición— que, al ser consideradas fuerzas ocupantes, incitan a la aparición de los primeros grupos insurgentes<sup>29</sup>. Las tropas ocupantes reaccionan a la presencia de la in-

---

<sup>25</sup> Espinosa (enviada especial a Bagdad) (2008, 16 mar): “sin trabajo, sin esperanza, sin futuro. A los cinco años de la invasión de Iraq, el tejido social está roto y la población”, *El País*.

<sup>26</sup> UNICEF (2007): “UNICEF pide ayuda para los niños y niñas iraquíes”, Centro de prensa de UNICEF [en línea en [http://www.unicef.org/spanish/media/media\\_39775.html](http://www.unicef.org/spanish/media/media_39775.html) e “Immediate needs for iraqi children in Iraq and neighbouring countries”, en [http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/files/Final\\_immediate\\_needs\\_Iraq\\_\(17May07\).pdf](http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/files/Final_immediate_needs_Iraq_(17May07).pdf), citado 27 may 12].

<sup>27</sup> Los periodistas realizan sus crónicas y filmaciones desde lugares seguros para evitar ser alcanzados por algún proyectil.

<sup>28</sup> Existe una extensa bibliografía acerca de la guerra asimétrica. Multitud de autores han comparado el conflicto bélico de Iraq con otros como Vietnam o Afganistán. En el presente análisis se expondrán las características propias que presenta Iraq en la guerra asimétrica, aunque la Guerra de la Independencia española presenta muchas similitudes. Para iniciar una aproximación al tema, cfr. Fraser (2006): *La maldita guerra de España. Historia social de la guerra de Independencia, 1808-1814*, Barcelona: Editorial Crítica; Polk (2008): *Políticas violentas. Una historia de la insurgencia, el terrorismo y la guerra de guerrillas desde la revolución americana hasta Iraq*, Barcelona: La Vanguardia Ediciones. Establece una interesante propuesta sobre las víctimas civiles, convertidas en objetivo militar, asesinadas por los grupos insurgentes. La constante violencia y su evolución por todo el territorio iraquí, en ciertos casos, adopta las características propias de guerra civil sectaria, étnica, religiosa, etc. El conjunto de grupos insurgentes lucha por conseguir cotas de poder que impida una rápida y necesaria reconstrucción del Estado.

<sup>29</sup> El día 23 de abril, como indica Antoni Segura, “dos grupos hasta entonces desconocidos, la Dirección de la Resistencia y la Liberación de la República Iraquí y la Organización por la Liberación de Iraq se responsabilizaban de los atentados suicidas y de los ataques contra las tropas ocupantes, y anunciaban que la



surgencia mediante tres tácticas militares que conviven simultáneamente: continúa el uso de los bombardeos (característica propia del modelo simétrico); se crea una contrainsurgencia<sup>30</sup> —adiestrada por el ejército norteamericano y británico— y, a su vez, se forman los nuevos cuerpos de seguridad (policial y militar) iraquíes, compuestos por un elevado número de contratistas y paramilitares extranjeros. Todos estos factores junto a la creación de centros de detención dan lugar a una espiral en la que aumenta el número de detenciones indiscriminadas, lo que a su vez comporta la necesidad de mayores inversiones en bases.

Las consecuencias más importantes que tiene la guerra asimétrica sobre la población civil son:

La primera. Desaparece el principio de distinción. El origen de este principio fue reflejado en la opinión del magistrado de la CIJ, Christopher G. Weeramantry en 1996: “El principio de la discriminación nació de la preocupación por que las armas de guerra no se emplearan indistintamente contra objetivos militares y civiles. Los no combatientes necesitaban la protección de las leyes de la guerra”<sup>31</sup>.

Desaparece la distinción entre los combatientes insurgentes y la población civil. En palabras de Danilo Zolo: “En esas operaciones queda sin efecto la distinción clásica entre combatientes y no combatientes, mientras que el criterio de “proporcionalidad” entre los objetivos militares “legítimos” y la destrucción de vidas humanas, de bienes, del ambiente natural, etc., queda fuera de todo cálculo posible, [...] las viejas normas del *ius in bello*, que imponen la discriminación entre civiles y combatientes y la proporcionalidad entre las ventajas y desventajas de la guerra, resultan cada vez menos aplicadas y aplicables”<sup>32</sup>.

Diversos autores, entre los que destacan Eric Hobsbawm<sup>33</sup>, Antoni Segura<sup>34</sup>, Vicenç Fisas<sup>35</sup> o Hannah Arendt<sup>36</sup>, muestran la evolución de los porcentajes de víctimas civiles y

resistencia que la resistencia contra el invasor continuaría” (Segura [2004]: *Señores y vasallos del siglo XXI. Una explicación de los conflictos internacionales*, Madrid: Alianza Editorial: 240-241).

<sup>30</sup> Existen diversas tipologías y modelos de insurgencia y contrainsurgencia. Destaca un sintético análisis del estado de la cuestión, que incluye referencias bibliográficas, cfr. Gorka (2008): “¿Vencerá la nueva doctrina de contrainsurgencia norteamericana a Al Qaeda?”. *Small Wars Journal*, febrero de 2008 [en línea en <http://www.smallwarsjournal.com>, citado 27 may 12]. La versión española se puede consultar en la página web de la Fundación Real Instituto Elcano, [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_) [citado 27 may 12] Se puede consultar, igualmente, el manual de contrainsurgencia elaborado por el ejército de Estados Unidos (Estados Unidos [2006]: “Headquarters Department of the Army, FM 3-24 Counterinsurgency”. *Marine Corps Warfighting Publication* [en línea en <http://usacac.army.mil/cac/repository/materials/coin-fm3-24.pdf>, citado 27 may]). También cfr. Cordesman (2005): “Iraq’s envolving Insurgency”, Center for Strategic and International Studies Arleigh A. Burke Chair in Strategy [en línea en [http://www.csis.org/media/csis/pubs/051209\\_iraqiinsurg.pdf](http://www.csis.org/media/csis/pubs/051209_iraqiinsurg.pdf), citado 27 may].

<sup>31</sup> CIJ (1996): “Caso sobre el desarme general y completo. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Opinión disidente del magistrado Weeramantry”, AG de las Naciones Unidas: 16 [en línea en [http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory\\_1996-07-08.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_1996-07-08.pdf), citado 27 may 12].

<sup>32</sup> Zolo (2007): *La justicia de los vencedores. De Núremberg a Bagdad*, Madrid: Editorial Trotta: 114-150.

<sup>33</sup> Eric J. Hobsbawm (2007): *Guerra y paz en el siglo XXI*, Barcelona: Editorial Crítica: 4.

<sup>34</sup> *Op. cit.* Segura, 2004: 96.

<sup>35</sup> Cfr. Vicenç Fisas (2006): *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Barcelona: Icaria Editorial: 61.

<sup>36</sup> Cfr. Hannah Arendt (2004): *Sobre la revolución*, Madrid: Alianza Editorial: 16-17.



militares desde la primera guerra mundial hasta el presente, constatando la reducción de víctimas mortales militares a un 10 %, y el aumento de las muertes civiles hasta un 90 %.

La ausencia de un Ejército iraquí tiende a convertir a toda la sociedad iraquí<sup>37</sup> en presuntos insurgentes. Una explicación plausible a este fenómeno descrito en las guerras asimétricas, es la presentada por el profesor Herfried Münkler: “Ya no hay frentes, y por eso rara vez se producen combates y nunca, en realidad, grandes batallas, con lo que las fuerzas militares ya no mantienen un contacto que las desgaste, sino que se evitan mutuamente y, en cambio, dirigen la violencia contra la población civil”<sup>38</sup>.

En Iraq, antes de 2003, no había grupos terroristas internacionales<sup>39</sup>. Pero, tras la ocupación se ha incrementado el número de grupos opositores y la presencia de grupos terroristas internacionales como Al Qaeda, que antes no existían en este territorio.

La segunda. Incremento de los asesinatos selectivos contra población civil caracterizada por su perfil o capacitación profesional. Se ha producido un alarmante aumento de funcionarios asesinados, secuestrados y encarcelados. Muchos médicos, docentes, etc. han tenido que huir para evitar una muerte anunciada. Lo mismo sucede con periodistas, cooperantes, sindicalistas, miembros de ONG y profesionales de agencias internacionales. Estos datos son constatados por UNAMI<sup>40</sup>, quien afirma que muchos asesinatos selectivos han sido realizados por los escuadrones de la muerte<sup>41</sup>. En este sentido, se advierte un retroceso al utilizar estas tácticas militares aplicadas por Estados Unidos en Latinoamérica (El Salvador o Nicaragua<sup>42</sup>) durante los años sesenta y los años ochenta, siendo sus precursores: Dick Cheney<sup>43</sup>, Donald Rumsfeld<sup>44</sup>, Jonh Negroponte<sup>45</sup>.

<sup>37</sup> Estos se convierten en objetivos militares por parte de la insurgencia, de la contrainsurgencia, de los militares de la coalición y de las nuevas fuerzas de seguridad iraquíes. La denominada Reforma del Sector Seguridad creó cuatro entidades: Servicio de Policía Iraquí (IPS), Guardia Nacional Iraquí (GNI) —antes Cuerpo de Defensa Civil Iraquí (CDCI)—, Servicio de Protección a Instalaciones (SPI), y el Servicio Correccional Iraquí creadas por Paul Bremer, y transferidas, el 28 de junio de 2004, al recién designado Gobierno Interino iraquí. Cfr. ACNUR (2004): “Información del país de origen. Iraq” [en línea en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2956.pdf>, citado 27 may 12].

<sup>38</sup> Münkler, (2005): *Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia*, Madrid: Editorial Siglo XXI de España Editores: 4.

<sup>39</sup> En septiembre de 2008, Noam Chomsky estima que el terrorismo (en un ámbito internacional) se multiplicó por siete como consecuencia de la invasión de Iraq. Entrevista realizada por el periodista Segafredo (Segafredo [2008]: “Entrevista Exclusiva a Noam Chomsky”. *Le Monde Diplomatique* [versión en español], septiembre de 2008: 16-17.

<sup>40</sup> UNAMI (2007): “Human Rights Report, 1 de julio-31 de diciembre de 2007” [en línea en <http://www.uniraq.org/FileLib/misc/HR%20Report%20Jul%20Dec%202007%20EN.pdf>, citado 27 may 12].

<sup>41</sup> Sobre los escuadrones de la muerte en Iraq, cfr. Varea (2006): “Iraq, Estado de terror”, IraqSolidaridad [en línea en [http://www.nodo50.org/iraq/2006/docs/represion\\_16-05-06\\_2.html](http://www.nodo50.org/iraq/2006/docs/represion_16-05-06_2.html), citado 27 may 12]. Autores como Michael Hirsh, Jonh Barry y Mark Hosenball, utilizando fuentes próximas al Pentágono, ya advertían en el 2005 que la administración norteamericana estudiaba enviar fuerzas especiales para la creación de escuadrones de la muerte iraquíes.

<sup>42</sup> Noam Chomsky (2004): *El mundo después de Iraq*, Navarra: Editorial Txalaparta.

<sup>43</sup> John Carlin (2009, 18 ene): “La obra del señor oscuro”, *El País*.

<sup>44</sup> Enviado especial para Oriente Medio del presidente Ronald Reagan entre 1983 y 1984. En la guerra de Irán e Iraq, prometió imágenes por satélite de las posiciones iraníes, helicópteros de combate y “bacterias y protozoos” para desarrollar armas bacteriológicas, ántrax incluido (*El País*, 22 de septiembre 2002, 118).

<sup>45</sup> Embajador en Iraq y antiguo embajador de Honduras durante el mandato de Ronald Reagan.

La tercera. Incremento del uso de contratistas. Su progresiva incorporación durante el transcurso de la guerra, no se ha traducido en una sustancial reducción del apoyo aéreo mediante el uso de bombardeos. La finalidad de estos contratistas es la de participar en operaciones de contrainsurgencia para frenar el aumento de insurgentes en zonas como: Anbar<sup>46</sup>, Faluya y Ramala a mediados de 2006. Herfried Münkler considera que la alternativa a una estrategia de intervención basada en armas de alta tecnología está en la creciente utilización de mercenarios, cuyas pérdidas tienen menos peso político<sup>47</sup>. Al no contabilizarse su muerte como soldados parece que las bajas de la coalición sean menores. Dos fuentes aportan una horquilla de muertos y heridos que oscila entre 800 muertos y 3 300 heridos<sup>48</sup> y 1 000 muertos desde el inicio del conflicto y más 12 000 heridos, en el primer trimestre de 2007<sup>49</sup>.

Este nuevo procedimiento militar implica una privatización económica del conflicto bélico y disminuye el número de bajas en el ejército regular de la coalición, evitando aumentar el número de contingentes militares necesarios. La proporción de contratistas en Iraq es de uno a uno, y su número podría ascender a 180 000<sup>50</sup> frente a los 162 000<sup>51</sup> soldados estadounidenses. Han destacado la presencia de empresas norteamericanas, como Blackwater<sup>52</sup>, que proporciona este tipo de servicios, que marcan la progresiva privatización del Pentágono y del Estado Mayor del Ejército norteamericano, llevada a cabo por la Administración Bush<sup>53</sup> y que acabaría conociéndose como la Doctrina Rumsfeld<sup>54</sup>. La inmunidad de este personal contratado, y los problemas que acarrea a la población civil iraquí, son más que evidentes.

La cuarta. El territorio se gestiona desde bases militares y “la zona verde”. El control total del territorio requiere una proporción de tropas adecuada. La disminución de los efectivos militares implica adoptar una estrategia militar basada en la constante reconquista del territorio. Así, las bases militares<sup>55</sup> y la zona verde se convierten en los pun-

---

<sup>46</sup> Las tácticas militares aplicadas en Iraq han fracasado. El elevado número de bajas militares provocó el descenso de patrullajes, *in absentia*, grandes territorios del país pasaron al control de la insurgencia. Cfr. Rogers (2006): “Inseguridad en Iraq”, Informe mensual de seguridad internacional, Oxford Research Group, building bridges for global security: 1-2.

<sup>47</sup> *Op. cit.* Münkler, 2005: 178.

<sup>48</sup> Roberts (2007): “Cerca de 800 contratistas civiles asesinados en Iraq”, The Associated Press [en línea en [http://www.azcentral.com/lavoz/spanish/global/articles/global\\_125332.html](http://www.azcentral.com/lavoz/spanish/global/articles/global_125332.html), citado 27 may 12].

<sup>49</sup> Roman (2007, 23 jul): “Contratistas en Iraq: soldados de mala fortuna”, *Granma Internacional*.

<sup>50</sup> Tom Engelhardt (2008): “La escalada en Iraq en cifras”, Mundo Árabe [en línea en [http://www.mundoarabe.org/iraq\\_cifras\\_victimas.htm](http://www.mundoarabe.org/iraq_cifras_victimas.htm), citado 27 may 12].

<sup>51</sup> El número exacto de soldados de la coalición ha variado desde 2003. Se muestra una estimación detallada en O’Hanlon y Campbell (2008): *Iraq index. Tracking variables of reconstruction & security in post-Saddam Iraq*, Washington: The Brookings Institution.

<sup>52</sup> Sobre los orígenes y el desarrollo de esta empresa puede consultarse la obra de Scahill (2008): *Blackwater. El auge del ejército mercenario más poderoso del mundo*, Madrid: Ediciones Paidós Ibérica.

<sup>53</sup> La mayor novedad surgida en la actual guerra de Iraq es la rápida privatización del ejército de Estados Unidos, iniciada en 1993 por Dick Cheney y propulsada por Donald Rumsfeld

<sup>54</sup> *Op. cit.* Scahill, 2008: 22-23.

<sup>55</sup> Global Policy Forum (2004): “Guerra y ocupación en Iraq. Capítulo 10. Las bases de EE.UU. en Iraq y la nueva Embajada en Bagdad”, IraqSolidaridad [en línea en <http://www.iraqsolidaridad.org>, citado 27 may 12].

tos de partida y de retorno diarios. Esta táctica militar —que requiere la presencia de un menor contingente— genera inseguridad e inestabilidad política, ya que fomenta la guerra de movimientos. Como consecuencia de estas tácticas, gran parte de los gastos destinados a la reconstrucción del Estado se ha destinado a incrementar la seguridad y al equipamiento de la contrainsurgencia. Destaca la vital importancia de la embajada estadounidense. La periodista Ángeles Espinosa destaca los vínculos del Gobierno de Iraq con la embajada estadounidense:

Como muestra del interés de Bremer por dejar las cosas atadas y bien atadas, los observadores señalan su ímpetu regulador de las últimas semanas. De las 100 órdenes y 12 regulaciones promulgadas, 17 y 7, respectivamente, lo han sido en junio, cuando se había designado al nuevo Gobierno. Algunas, el lunes, día en que se produjo el traspaso de soberanía, según consta en la página web de la CPA. Ese mismo sitio de Internet anuncia que los iraquíes han alcanzado la soberanía y que a partir de ahora la información sobre Iraq se facilita en la página de la nueva Embajada de EE. UU. en Bagdad<sup>56</sup>.

Otra consecuencia de estas tácticas militares es el incremento de presuntos insurgentes en los centros de reclusión iraquíes y en otros territorios. Se calcula que ha habido entre 24 000 y 400 000 presos<sup>57</sup> en Iraq.

La quinta. Desaparece la presencia de medios de comunicación. Los intereses de los medios de comunicación pueden colisionar con los imperativos de la guerra. En el marco de los conflictos armados contemporáneos, “los periodistas se convierten en objetivo específico dentro de la población civil, con un 72 % de las muertes de periodistas por asesinato [...] sufriendo además prácticas de amenazas y secuestros previos a su asesinato”<sup>58</sup>. En estos casos se prefiere la ausencia de medios que filmen el desarrollo del conflicto bélico. El periodista Ignacio Ramonet concluía que, “los reporteros son testigos y no producen textos o relatos sonoros que se puedan manipular, sino que las cámaras filman la realidad”<sup>59</sup>.

La libre circulación de los periodistas en Iraq podría reproducir el modelo de Vietnam. El peso político y mediático de las víctimas en los ejércitos de los países más desarrollados podían hacer perder una guerra o una reelección, como apunta el profesor Paul Rogers<sup>60</sup>. El gran cambio que se observa en el conflicto de Iraq es que el elevado número de víctimas civiles, de ser conocidas por el público, también podría tener el mismo efecto (de ahí la escasa preocupación mostrada en el recuento de víctimas una vez concluidos los bombardeos aéreos). Este factor unido a la realidad del proceso de

---

<sup>56</sup> Ángeles Espinosa (2004, 30 jun): “Bremer promulgó un centenar de decretos antes de traspasar el poder a los iraquíes”, *El País* [en línea en [http://www.elpais.com/articulo/internacional/Bremer/promulgo/centenar/decretos/traspasar/poder/iraquies/elpepiint/20040630elpepiint\\_15/Tes](http://www.elpais.com/articulo/internacional/Bremer/promulgo/centenar/decretos/traspasar/poder/iraquies/elpepiint/20040630elpepiint_15/Tes), citado 27 may 12].

<sup>57</sup> Nota informativa de la campaña estatal contra la ocupación y por la soberanía de Iraq (CEOSI) (2008): “Iraq: 24 000 presos bajo control de EEUU y hasta 400 000 en centros iraquíes”, IraqSolidaridad [en línea en [http://www.nodo50.org/iraq/2008/docs/23\\_02\\_08\\_Presos.html](http://www.nodo50.org/iraq/2008/docs/23_02_08_Presos.html), citado 27 may 12].

<sup>58</sup> Escola de Cultura de Pau (2008): *¡Alerta 2008! Informe sobre los conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Barcelona: Icaria Editorial: 37.

<sup>59</sup> Ramonet (1998): *La tiranía de la comunicación. El papel actual de la comunicación*, Barcelona: Editorial Debate: 182.

<sup>60</sup> *Op. cit.* Rogers, 2006: 2.

reconstrucción político y económico, dará lugar a una urgente necesidad de opacidad que se vería alterada con la presencia de periodistas<sup>61</sup> en la zona en la que se desarrolla el conflicto bélico. Dentro de este contexto se situaría el asesinato de José Couso.

#### 4. Elementos comunes a los dos modelos de guerra

Primero. Graves problemas epistemológicos en la contabilización de víctimas civiles en el conflicto<sup>62</sup>. Examinar los datos que proporcionan las diversas fuentes<sup>63</sup> consultadas pone de manifiesto la ausencia de metodologías adecuadas para obtener datos precisos. La variación de estos datos según la fuente, es una consecuencia directa de las diversas prácticas seguidas en el recuento: encuestas y entrevistas realizadas, contabilizar solo aquellas muertes de las que informan al menos dos medios internacionales “reputados”, recuento discriminando miles de muertos para no distorsionar la media. Las cifras globales presentadas al público tienden al conservadurismo y algunas ONG, como Human Rights Watch<sup>64</sup> no han adoptado una posición neutral en el recuento de víctimas.

El resultado de estas metodologías, es un maremágnum de estimaciones que presenta amplias oscilaciones. No es aceptable —en ningún caso— que el recuento de muertos en Iraq oscile entre 80 000 y 1 000 000 de muertos. Esta inconsistencia, y en ocasiones ambigüedad de las cifras, solo permite establecer un diagnóstico provisional en los objetivos planteados por los investigadores<sup>65</sup>.

Paralelamente, la confusión generalizada en la metodología a utilizar, cuestiona la calidad de los diversos indicadores<sup>66</sup> existentes. Los instrumentos de trabajo que normalmente utiliza la comunidad científica para evaluar la realidad de un Estado se

---

<sup>61</sup> Se puede consultar un listado detallado de periodistas asesinados, muertos por accidente, que han sido detenidos o se les ha vulnerado sus derechos. En el caso de periodistas asesinados la cifra ascendía a 306 desde el inicio del conflicto bélico hasta el 24 de diciembre de 2007. Puede recabarse más información sobre el nombre de los periodistas en <http://www.brusseltribunal.org/JournalistKilled.htm> [citado 27 may 12]. El número total de periodistas muertos ascendía a 127 en mayo de 2008, de los cuales 105 eran iraquíes. En total se estima que 83 fueron asesinados. Cfr. *Op. cit.* O’Hanlon, Campbell, 2008.

<sup>62</sup> El problema epistemológico detectado en este apartado, puede extenderse también a otro tipo de indicadores como los políticos y económicos.

<sup>63</sup> Se ha analizado la metodología de las fuentes utilizadas en el apartado de víctimas mortales, indicando únicamente las conclusiones sobre su uso inadecuado a la aplicación en conflictos bélicos.

<sup>64</sup> Herold y Peterson (2008): *La complicidad de Human Rights Watch con la guerra de Afganistan*, Rebelión [en línea en <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=65576>, citado 27 may 12].

<sup>65</sup> En la presente investigación se han utilizado las fuentes con prudencia, en los casos posibles se han cotejado las cifras, y se debe admitir que los resultados, todo y ser inciertos, describen un diagnóstico global del conflicto bélico y sus repercusiones en el Estado de Iraq.

<sup>66</sup> Pueden observarse más de cien indicadores sociales, económicos, etc. En Iraq, en la mayoría de casos, o no se conocen las cifras o las que se presentan difieren de otras fuentes. A modo de ejemplo, cfr. Fundación CIDOB (2008): “Anuario Internacional CIDOB 2008”: 175-248.

revelan validos únicamente en tiempos de paz<sup>67</sup>. Estas metodologías<sup>68</sup> son ineficaces cuando el Estado analizado implosiona o entra en conflicto bélico. Raymond Aron ya planteaba estas incógnitas e indicaba que estas carencias conducían a dos mecanismos psicológicos: la ilusión de la multitud y la falsificación interesada: “Todo parece haber ocurrido como si la exactitud, en estas materias, horrorizara”<sup>69</sup>.

Segundo. Las víctimas de la guerra de Iraq. Del análisis de seis fuentes “fiabiles” —que presentan enormes divergencias en los datos que aportan— se deduce el desconocimiento existente acerca de la cantidad exacta de víctimas. Además, un análisis pormenorizado de sus métodos de trabajo de campo, ayuda a comprender las discrepancias cuantitativas. Las cifras provenientes diferentes empresas y organismos (Icasualties<sup>70</sup>, el Gobierno iraquí junto a la OMS<sup>71</sup>, Iraq Body Count<sup>72</sup>, el instituto británico Opinion Research Business<sup>73</sup>, la revista médica *The Lancet*<sup>74</sup> y el exvicepresidente del gobierno de

---

<sup>67</sup> El mismo problema que provoca intentar establecer el número de muertos o heridos sucede con otros indicadores. El investigador se enfrenta a la misma situación si quiere establecer la población total de iraquíes. Existe gran divergencia de datos, se debe recordar que sin esta cifra no se pueden establecer las tasas de natalidad, mortalidad, migración, etc. ya que es necesaria la población total de un Estado. El último censo fiable se realizó en 1997 y arrojó una cifra de 23 800 000 personas. Se intentó realizar otro en 2004 que costó 120 millones de dólares y debido a la violencia se retrasó el recuento (Fondo de Población de las Naciones Unidas (2005): “UNFPA gears up for first census in post-civil war Sudan” [en línea en <http://www.unfpa.org/news/news.cfm?ID=597%20>, citado 27 may 12]). Las cifras posteriores son estimativas. Se considera que la población total de Iraq en 1997 era de 28 993 400 personas (División Estadística de las Naciones Unidas [2008]: “Population Size”). Las imprecisiones se encuentran en demasiados indicadores. Las consecuencias son graves para aquellas instituciones que pretendan planificar la reconstrucción del país las ayudas a la sociedad.

<sup>68</sup> Teniendo en cuenta las graves consecuencias que este vacío provoca en la sociedad civil es de vital importancia la elaboración de instrumentos adecuados que garanticen unos datos fiables y precisos. En campos como la sanidad, saber el número total de heridos del país puede salvar vidas y mejorar la gestión de los recursos. En definitiva, la gestión eficaz de los recursos y su planificación requieren un conocimiento exacto de la realidad, aunque esta pueda ser dolorosa o en ocasiones inaceptable.

<sup>69</sup> Raymond Aron (1985): *Paz y guerra entre las naciones*, II t., Madrid: Alianza Editorial, t. I: 265-266.

<sup>70</sup> 24 de marzo de 2008. Icasualties propone 4 000 militares norteamericanos muertos y 30 000 militares que han resultado heridos desde el comienzo de la guerra (un tercio sufre mutilaciones e invalidez). A su vez 800 miembros de las fuerzas de seguridad iraquíes han perdido la vida desde el 2003 [en línea en <http://www.icasualties.org>, citado 27 may 12].

<sup>71</sup> 25 de agosto de 2008. Publicaron estimaciones de entre 104 000 a 223 000 civiles fallecidos. Cfr. Centro de Noticias de la ONU (2008): “Iraq: OMS calcula 150 000 muertos por violencia en tres años” [en línea en <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?NewsID=11328> o <http://www.iraqbodycount.org/>, citado 27 may 12].

<sup>72</sup> Iraq Body Count aporta cifras que oscilan entre los 80 000 y los 90 000; con unos 24 000 solo en 2007 (si esta cifra la dividimos entre 365 días, nos proporciona un goteo de 66 muertos al día), en <http://www.iraqbodycount.org>.

<sup>73</sup> Enero de 2008. Instituto de Investigación británica, Opinion Research Business considera que desde el inicio de la guerra se ha superado el millón de muertos.

<sup>74</sup> 11 de octubre de 2006. Aporta la cifra de unos 655 000 civiles muertos. El total de pérdidas de la coalición liderada por Estados Unidos, asciende a 4 308 muertos; de los cuales 4 000 estadounidenses, 175 británicos y 133 de otras nacionalidades (cfr. Gilbert Burnham et al. [2006]: “The human cost of the war in Iraq. A mortality study, 2002-2006”, Johns Hopkins University-School of Medicine Al Mustansiriya [en línea en [http://www.nodo50.org/iraq/2006/docs/Human\\_Cost\\_of\\_War.pdf](http://www.nodo50.org/iraq/2006/docs/Human_Cost_of_War.pdf), citado 27 may 12]). Pueden consultarse las críticas al estudio en Nicolas J. S. Davies (2005): “Enterrar el informe “Lancet”... y con él a las víctimas civiles de Iraq”, IraqSolidaridad [en línea en <http://www.iraqsolidaridad.org>, citado 27 may 12].

Sadam Huseín, Izzat Ibrahim Addouri<sup>75</sup>), presentan oscilaciones de entre los 80 000 y los 1 300 000 muertos. En algunas ocasiones algunos medios de comunicación<sup>76</sup> han difundido estas estimaciones como cantidades exactas de víctimas civiles.

Habida cuenta de esta imprecisión en los datos, se propone realizar una estimación basada en el único dato real con el que se cuenta, las víctimas mortales de la coalición: 4 308 soldados. No se ha contabilizado el número de contratistas por ser impreciso. En lo que se refiere al número de militares muertos iraquíes, este se desconoce, pero podría tomarse como referente el número de militares que murieron en 1991, cuyas cifras se suponen similares, estas serían de unos 100 000 militares iraquíes. Si las tendencias<sup>77</sup> de víctimas mortales militares son del 10%, el 90% restantes serán civiles. Realizando una simple regla de tres se obtiene el resultado de 938 772 iraquíes muertos.

En cuanto a la situación de los heridos, en 2008 un informe del CICR describía la situación sanitaria, así: “Desde 1980, el deterioro de las instalaciones de atención a la salud, se debe a que estas no han podido extenderse lo suficiente al mismo ritmo que la población. Las sanciones impuestas después de 1990, indujo a que el sistema iraquí de atención de salud se centrara en los servicios de urgencia, a costa del tratamiento de enfermedades crónicas, de programas de salud pública, del mantenimiento de la infraestructura y de la formación del personal”<sup>78</sup>.

Cabe señalar que la progresiva privatización del sector sanitario agrava la discriminación de los pacientes, el tratamiento recibido y la adquisición de fármacos. En este sentido, el doctor Dahr Jamail destacaba: “Otro problema que agrava continuamente la lucha que libra el sistema sanitario en el Iraq ocupado es que los fármacos más vitales e importantes se pueden obtener a menudo en el mercado negro pero no en los hospitales”<sup>79</sup>.

En un informe el doctor Dahr Jamail ejemplifica —sirviéndose para ello de la opinión de doctores especializados— los problemas a los que se enfrentan, lo que podría resumirse a través de la siguiente afirmación: “En Bagdad, dentro del Hospital al-Kena, funciona también un taller para prótesis y es la única instalación que proporciona para todo el país servicios de rehabilitación para personas con minusvalías. Representa un ejemplo de cómo el ministerio de Sanidad financiado por EE. UU. está fallando de forma total a la hora de abastecer a los hospitales iraquíes de equipamiento, medicinas y financiación”<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> Concluye que durante la ocupación cayeron más de 1 300 000 iraquíes y que “la cifra de mártires de Al-Baaz en esas batallas fue de más de 120 000” (Nicola Nasser [2008, 26 may]: “La Resistencia Iraquí: cinco años después, reaparece el sucesor de Sadam. Addouri resume la estrategia y tácticas de la resistencia frente a EE. UU.”, Global Research [en línea en [http://www.webislam.com/articulos/33674-la\\_resistencia\\_iraqui\\_cinco\\_anos\\_despues\\_reaparece\\_el\\_sucesor\\_de\\_saddam.html](http://www.webislam.com/articulos/33674-la_resistencia_iraqui_cinco_anos_despues_reaparece_el_sucesor_de_saddam.html), citado 27 may 12]).

<sup>76</sup> Sirva a modo de ejemplo la portada del periódico *El País*. Notició el miércoles 9 de abril de 2008, una media de los datos proporcionados por Iraq Body Count como muertos y no como estimación, dando una información de más de 85 000 civiles muertos.

<sup>77</sup> Eric J. Hobsbawm (2007): 4.

<sup>78</sup> CICR (2008): “Iraq: no hay tregua en la crisis humanitaria”.

<sup>79</sup> *Op. cit.* Dahr Jamail, 2005: 22-23.

<sup>80</sup> *Op. cit.* Dahr Jamail, 2005: 9.



Actualmente, según el profesor Thabit A. J. Abdullah, hay 1 500 000 inválidos<sup>81</sup>. Sin embargo, el número de heridos no se ha podido contrastar y, a diferencia de las víctimas mortales, no contamos con estadísticas ni tendencias de otros conflictos que puedan ayudar en el estudio del porcentaje<sup>82</sup> de heridos civiles. El ministro de Salud de Iraq, Ali al-Shemari, declaró en Viena que, “hay tres heridos por cada persona asesinada desde la invasión liderada por los EE. UU.”<sup>83</sup>. En referencia a los militares, el profesor Joseph Stiglitz y Linda J. Bilmes tomando como base los datos aportados por el Departamento de Defensa y el Departamento de Asuntos de Veteranos<sup>84</sup>, indican que en enero de 2007 el número de víctimas no mortales era de 47 657 mientras, que a 8 de diciembre 2007 ese número era de 58 846. Las estimaciones realizadas proporcionan un rango de variación entre ocho (en combate) y quince (número que incluye las lesiones no relacionadas con el combate) heridos por cada muerto. En lo que se refiere a los heridos psicológicos, es necesario añadir que la mayoría de soldados sufren trastorno de estrés postraumático (PTSD)<sup>85</sup>; mientras que sobre los civiles<sup>86</sup> no se tienen datos.

Respecto a los desaparecidos, según el CICR se calcula que desde la guerra entre Irán e Iraq han desaparecido entre 375 000 y un millón de personas. Desde el 2003, existen indicios de esta realidad. Un breve repaso del origen<sup>87</sup> de las desapariciones forzadas o involuntarias junto a la presencia de contratistas<sup>88</sup> latinoamericanos (argentinos y chilenos, principalmente) presagian la probabilidad de estas operaciones militares

---

<sup>81</sup> *Op. cit.* A. J. Abdullah, 2008: 125. El autor no especifica desde que fecha se ha producido esta cifra que aporta.

<sup>82</sup> Existen algunos estudios de porcentajes de muertos y herido (civiles y militares) en Iraq (cfr. *op. cit.* O'Hanlon, Campbell, 2008).

<sup>83</sup> CBS News (2006, 9 nov): “Official: 150 000 iraqis killed since 2003” [en línea en [http://www.cbsnews.com/stories/2006/11/09/iraq/main2165206\\_page2.shtml](http://www.cbsnews.com/stories/2006/11/09/iraq/main2165206_page2.shtml), citado 27 may 12].

<sup>84</sup> Stiglitz y Bilmes (2008): *La guerra de los tres billones de dólares. El coste real de conflicto de Iraq*, Madrid: Santillana Ediciones Generales: 85-89 y 244-249.

<sup>85</sup> Pintado Rodríguez (2007): “La Guardia Nacional empieza a acusar la tensión de Iraq”. *Nuevo Observatorio de las Fuerzas Armadas y Reserva Militar* [en línea en <http://www.observatoriodelareserva.org>, citado 27 may 12].

<sup>86</sup> Teniendo en cuenta que a los soldados se les entrena para soportar el estrés qué provoca la guerra y a los civiles no, el impacto debe ser mayor sobre la población.

<sup>87</sup> El Decreto de Noche y Niebla, del 7 de diciembre de 194, fue ideado por Adolf Hitler y firmado por el Mariscal Wilhelm Keitel con la finalidad de generar un psicosis de terror social y amedrentar a la población (Office of United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, Nazi Conspiracy and Aggressions: “Night-and-Fog Decree (Nacht-und-Nebel Erlass)”, [en línea en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/nightfog.htm>, citado 27 may 12]. Autores como Manfred Nowak y Amerigo Incalcaterra lo atribuyen a Christopher K. Hall (cfr. Christopher K. Hall [1999]: “Enforced disappearance of persons” en Otto Triffterer (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden: Nomos: 151). Cfr. ECOSOC (2002): “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias. Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak”, CDH 58.º período de sesiones: 7 [en línea en [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/2d648dc9914af84cc1256b9700540cdc/\\$FILE/G0210029.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/2d648dc9914af84cc1256b9700540cdc/$FILE/G0210029.doc), citado 27 may 12]; ACNUDH (2007): “La desaparición forzada de personas y el sistema de las Naciones Unidas para los derechos humanos”, ponencia de Amerigo Incalcaterra, representante en México de ACNUDH en el Seminario Internacional-Convención Internacional de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada, Secretaría de Relaciones Exteriores: 1.

<sup>88</sup> *Op. cit.* Polk, 2008: 32-33.



encubiertas. “Algunas fuentes han informado que, desde 2003, 4 000 cuerpos fueron enterrados en cementerios especiales en Nayaf y Kerbala”<sup>89</sup>.

En el informe presentado por Manfred Nowak, experto independiente, a la CDH de las Naciones Unidas en relación a la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, se concluía:

La desaparición forzada representa una de las más graves violaciones de los derechos humanos que, si forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra los civiles, constituye un crimen de lesa humanidad [...] El crimen de la desaparición forzada no solo va dirigido contra los desaparecidos sino igualmente contra sus familiares, sus amigos y la sociedad en que viven. A los desaparecidos suelen matarlos de inmediato, pero sus hijos, padres o cónyuges siguen viviendo muchos años en una situación de inseguridad, angustia y estrés extremos, desgarrados entre la esperanza y la desesperación. Por lo tanto, deben también ser considerados víctimas de la desaparición forzada.

A su vez el autor explicaba la dificultad de determinar la autoría de los criminales:

La experiencia de muchos Estados, como Colombia, muestra que las desapariciones forzadas son cometidas por funcionarios del Gobierno, agentes indirectos del Estado tales como miembros de los escuadrones de la muerte o las denominadas fuerzas de autodefensa, movimientos guerrilleros y grupos paramilitares que combaten al Gobierno, así como por miembros de bandas del crimen organizado, con frecuencia por lo que respecta a los delitos relacionados con los estupefacientes. Dado que la ocultación de todos los hechos relacionados con este delito forma parte de la definición, suele ser sumamente difícil saber si los perpetradores actuaron con o sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado<sup>90</sup>.

Desplazados y refugiados. El informe presentado por el ACNUR, abordando el tema de los desplazados y los refugiados, estimaba en 11 400 000 el número de refugiados en 2007. El mayor número procedía de Afganistán con 3 100 000. En el caso de Iraq la cifra era más alarmante, pues contaba con 2 300 000 refugiados a los que había que sumar 2 400 000 de desplazados internos. La gravedad de esta situación, si se mantiene la intensidad del conflicto en Iraq, acentúa la necrosis social. Cabe decir que, “aproximadamente uno de cada ocho iraquíes se encuentra ahora desplazado”<sup>91</sup>.

Tres han sido las principales causas que han conducido al gran número de desplazados en Iraq. Inicialmente los bombardeos aéreos fueron el motivo de grandes desplazamientos; la posterior evolución del conflicto bélico en guerra asimétrica, condujo a que las causas fueran debidas a las operaciones militares de la coalición; y finalmente,

---

<sup>89</sup> CIRC (2007): “Las personas desaparecidas en Iraq: una dura realidad”.

<sup>90</sup> Naciones Unidas (2002): “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias”, informe de Manfred Nowak, CDH, 58.º período de sesiones: 42-43 y 54 [en línea en [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/2d648dc9914af84cc1256b9700540cdc/\\$FILE/G0210029.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/2d648dc9914af84cc1256b9700540cdc/$FILE/G0210029.doc), citado 27 may 12].

<sup>91</sup> ACNUR (2007): “ACNUR lanza un nuevo llamamiento para las operaciones en Iraq”, Boletín de la ONU. Naciones Unidas, Centro de información para México, Cuba y República Dominicana [en línea en [www.nacionesunidas.org.mx](http://www.nacionesunidas.org.mx), citado 27 may 12].

al incremento de la violencia sectaria (sobre todo en Bagdad). Frente a estas causas las soluciones propuestas parecen inviables mientras no se consiga una pacificación de la zona<sup>92</sup>. La dramática situación de los ciudadanos iraquíes desplazados —aproximadamente 2 400 000 en 2007— muestra una total vulneración del artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y también la de los artículos 12 y 25 (apartado 1). El no cumplimiento de prestar ayuda para paliar esta situación, tanto por parte de las fuerzas de la coalición como por el gobierno iraquí (este último debido en parte a su inoperancia), conducen a la vulneración del artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. También se quebrantan los artículos 11 (capítulo I y II, apartado b) y 13 (capítulo I) del PIDESC, y los artículos 12 (capítulo I) y 23 (capítulo I) del PIDCP.

En 2008 la cifra de refugiados ascendía a 2 300 000, quedando reflejada la crudeza de esta situación en el informe del ACNUR: “Miles de iraquíes que se acercan al ACNUR son víctimas de tortura, de violencia sexual o de género, víctimas de explosiones de coches o de otros ataques violentos y necesitan atención médica urgente”<sup>93</sup>.

A su vez, en julio de 2007 el ACNUR exponía que un estudio reciente en Damasco reflejó que el 80 % de los refugiados iraquíes depende de sus antiguos ahorros o de la caridad y que 34 % no contaba con ahorros ni para sobrevivir siquiera un mes<sup>94</sup>. En el mismo informe se observa el largo período de “desescolarización” de los niños puede conducir a una “analfabetización” estructural. En cuanto al coste económico que suponen los refugiados iraquíes para los países<sup>95</sup> receptores, resulta extremadamente difícil hacer una valoración. Destacan como máximos receptores de refugiados Siria y Jordania.

El armamento utilizado. A todas estas víctimas deberemos añadir las que se producirán por el uso de bombas de racimo (en el caso de Laos<sup>96</sup> son más de 12 000 víctimas); uranio empobrecido (según Dahr Jamail<sup>97</sup> en 1991 se lanzaron 300 toneladas de municiones con uranio empobrecido y desde 2003 más de 800 toneladas; respecto de sus efectos resulta interesante la opinión del doctor Keith Baverstock<sup>98</sup>); minas (el profesor Thabit A. J. Abdullah propone cifras que ascienden a los “30 millones de mi-

<sup>92</sup> Global Policy Forum (2007): “Guerra y ocupación en Iraq. Capítulo 8. Desplazados y mortalidad: una aguda crisis humanitaria”, IraqSolidaridad [en línea en <http://www.iraqsolidaridad.org>, citado 27 may 12].

<sup>93</sup> ACNUR (2007): “Las necesidades de los refugiados y de los desplazados internos iraquíes son alarmantes”, ACNUR, Comité Español.

<sup>94</sup> Ídem. ACNUR actualmente cuenta con un personal de 300 miembros trabajando en los programas de Iraq en Siria, Jordania, el Líbano, Turquía, Egipto, Iraq y en la sede de la agencia en Ginebra.

<sup>95</sup> La página web del ACNUR únicamente presenta datos de 2003 en su base estadística y no están actualizados. Los datos de refugiados que pidieron asilo político en marzo de 2003 se pueden consultar en ACNUR (2003): “Estadísticas de solicitantes de asilo y refugiados iraquíes. Marzo, 2003” [en línea en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2226.pdf>, citado 27 may 12]. Para más información acerca de los países de acogida, cfr. Refugees International (2006): “Iraq: La crisis de refugiados de crecimiento más rápido del mundo” [en línea en [www.refugeesinternational.org/content/article/detail/9679](http://www.refugeesinternational.org/content/article/detail/9679), citado 27 may 12].

<sup>96</sup> Elena Valenciano (2008, 2 jun): “Mamá, ¿El pulgar crece?”, *El País*.

<sup>97</sup> *Op. cit.* Dahr Jamail, 2005: 12.

<sup>98</sup> Edwards (2004): “La OMS oculta un estudio científico sobre el impacto de la contaminación por uranio empobrecido sobre la salud en Iraq”, CSCA web [en línea en <http://www.nodo50.org/csc>, citado 27 may 12].

nas terrestres, la mayor concentración del mundo”<sup>99</sup>); fósforo blanco y napalm<sup>100</sup>. En cuanto al uso de fósforo blanco, hay que recalcar que su uso en Iraq fue descubierto por periodistas italianos de la RAI<sup>101</sup> en Faluya. Esto pone de manifiesto la relevancia de la presencia de periodistas en las zonas de conflicto. Finalmente, hay que añadir las consecuencias del tráfico de armas cortas apuntadas por el profesor Albert Galinsoga: “El tráfico ilícito de estas armas se halla en la raíz de la violencia, ya que provee los instrumentos que se utilizan para desestabilizar sociedades y gobiernos, fomentar el crimen y promover el terrorismo, el tráfico de drogas, la actividad de los mercenarios y la violación de los derechos humanos. El conjunto resultante produce situaciones que caracterizan lo que se ha denominado como “economía de guerra””<sup>102</sup>.

El uso del armamento descrito condiciona y condicionará, la pacificación del Estado de Iraq.

### III. La perspectiva política

En el presente apartado se intentará elucidar los efectos producidos por las principales medidas políticas desplegadas en Iraq durante el gobierno de la APC. Dicho conjunto de medidas políticas comportó la implosión del Estado, seguida de la creación de un Estado hueco<sup>103</sup>. La comprensión de esta etapa histórica resulta vital. Estas medidas políticas, que se desarrollan en el contexto de la guerra asimétrica, son la base sobre la que se cimentará el nuevo sistema económico y determinará el futuro grado de desarrollo social.

La implosión del Estado de Iraq provocó la desaparición del gobierno de Sadam Huseín. El vacío de poder, fruto de la caída del gobierno Baazista, se intentó remediar en el proceso de reconstrucción del Estado. Este proceso se desarrolló en dos fases bien diferenciadas:

---

<sup>99</sup> *Op. cit.* A. J. Abdullah, 2008: 125.

<sup>100</sup> El Ejército de Estados Unidos. reconoce haber utilizado una versión mejorada, manteniendo el olor característico del Napalm por los efectos psicológicos que causa sobre el enemigo. Cfr. Andrew Buncombe (2003, 10 ago): “US admits it used napalm bombs in Iraq”. *The Independent* [en línea en <http://www.globalsecurity.org/org/news/2003/030810-napalm-iraq01.htm>, citado 27 may 12].

<sup>101</sup> RAI News 24 (2005, 7 nov): “l’esercito degli Stati Uniti ha usato fosforo bianco a Fallujah nel 2004”.

<sup>102</sup> Albert Galinsoga Jordá (2002): “La afluencia masiva de refugiados ante el Derecho Internacional: La prevención del desarraigo y la protección de las víctimas” en Pablo A. Fernández Sánchez (ed.): *La revitalización de la protección de los refugiados*, Huelva: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva: 99. Sobre la economía de guerra, cfr. Le Billon (2000): “ODI-HPG report: The political economy of war: an annotated bibliography”. *Humanitarian Policy Group Report*, 1 [en línea en <http://www.odi.org.uk/hpg/papers/hpgreport1.pdf>, citado 27 may 12].

<sup>103</sup> Ignacio Ramonet introduce el concepto de Estado Hueco: “En el transcurso de la historia, el mundo ha conocido ciudades-Estado (Atenas, Venecia), regiones-Estado (en la época feudal) y naciones-Estado (durante los siglos XIX y XX), pero con las redes aparecen ahora las redes-Estado, incluso el individuo-Estado, del que Bin Laden es el primer ejemplo evidente. [...] La globalización propicia todo esto, como mañana animará la aparición de empresas-Estado que, a la manera de Bin Laden, instrumentarán un Estado hueco, vacío, desestructurado, en vías de desorden endémico, para utilizarlo a su antojo” (Ramonet [2001]: “El nuevo rostro del mundo. Un terrorismo global, en su alcance y objetivos”. *Le Monde Diplomatique* [versión en español], 74).

Primera fase. Para afrontar el vacío de poder que padecía Iraq, el cs de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 1483 (2003)<sup>104</sup> el 22 de mayo de 2003 que tuvo como efecto directo la instauración de una APC liderada por el administrador Paul Bremer.

Segunda fase. Corresponde al período de transición de la APC hacia un gobierno interino soberano de Iraq. Esta transición fue aprobada el 28 de junio de 2004 por la Resolución 1546<sup>105</sup> del cs. Fue elegido como jefe de Estado Jalal Talabani (6 de abril de 2005) y como Primer ministro Nuri al-Maliki (22 de abril de 2006), sucesor de Ibrahim al-Jaafari. En todo el proceso se advirtió un constante asesoramiento<sup>106</sup> por parte de Estados Unidos, desde el gobierno de la APC y hasta el actual gobierno interino. Sirva a modo de ejemplo la creación del Tribunal Penal Iraquí:

El proceso de elaboración del Estatuto [...] no fue visible para el mundo exterior, lo que llevó a los observadores a criticar al ATPI, suponiendo que, en la práctica, funcionaría como “un tribunal títere” de la potencia ocupante. Es verdad que su predecesor, el Tribunal Especial Iraquí, fue creado durante la ocupación por Estados Unidos, su financiación inicial provenía de Estados Unidos (hasta la fecha, un total de 128 millones de dólares EE.UU.), sus jueces fueron seleccionados por el Gobierno provisional designado por Estados Unidos, y los jueces y fiscales recibirían asistencia de asesores de Estados Unidos<sup>107</sup>.

## 1. La finalidad de la constitución de un Estado hueco

El Estado hueco en Iraq tiene su origen en el despliegue de las medidas políticas desarrolladas en Iraq por el administrador Paul Bremer, interpósita persona, en la APC; las cuales no pueden ser adscritas al realismo político<sup>108</sup>. Sus actuaciones han estado orientadas por la plutocracia que rodeaba a la administración norteamericana de George Bush. Como advertía el profesor Carlos Varela. “Bremer se adecúa al puesto que la Administración Bush ha designado para quien tiene asignada la tarea de dirigir

<sup>104</sup> Resolución 1483 (2003) aprobada por el cs [en línea en <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/c5d28450ecc09bc1256d3200310868?OpenDocument>, citado 27 may 12]. Frente a las erróneas interpretaciones que consideran que esta resolución legitima la intervención de las tropas de la coalición y les otorga un poder ilimitado sobre el territorio iraquí, el cs adoptó la Resolución 1483 (2003) con el fin de regular el vacío jurídico que presentaba Iraq, haciendo responsables a los Estados ocupantes de la aplicación del Derecho Internacional vigente (lo que conllevaría la esencial aplicación de los instrumentos jurídicos de derechos humanos).

<sup>105</sup> Resolución 1546 (2004) aprobada por el cs [en línea en [http://www.cinu.org.mx/temas/iraq/SRES1546\\_junio\\_2004.pdf](http://www.cinu.org.mx/temas/iraq/SRES1546_junio_2004.pdf), citado 27 may 12].

<sup>106</sup> Existen dos documentos en los que se puede observar esta afirmación. El primero hace referencia al ámbito jurídico y de seguridad (Departamento de Justicia [2007]: “El Secretario de Justicia de los Estados Unidos Alberto R. Gonzales viaja a Bagdad para visitar a personal del Departamento de Justicia, militares estadounidenses y funcionarios iraquíes”) y el segundo al económico (Trade Bank of Iraq [2007]: *2007 Annual Report*). Ambos son extrapolables a otros campos.

<sup>107</sup> Newton: “El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones”. *International Review of the Red Cross*, 862: 7.

<sup>108</sup> Para ampliar la comprensión del realismo político resulta interesante el artículo de Palacio de Oteyza (2003-2004): “La imagen imperial del nuevo orden internacional: ¿Es esto realismo político?”. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, 64: 7-28.

la reconstrucción de Iraq desde el principio del liberalismo económico y bajo un sistema de ocupación militar<sup>109</sup>. El resultado de sus actividades políticas han concluido con la construcción de un “limbo jurídico”<sup>110</sup>, difícil de acotar, que impiden la construcción de un Estado democrático y, en cambio, configuran un “Estado hueco”. El Profesor Paul Krugman aporta al respecto, “ello constituye un poderoso indicio de que las instituciones, las normas y el contexto político tienen una repercusión mayor sobre la distribución de los ingresos que las fuerzas impersonales del mercado, por mucho que los tratados de economía al uso puedan llevar al lector a creer lo contrario”<sup>111</sup>.

Se desprende la siguiente tesis: la desorganización del aparato estatal beneficia a una elite social minoritaria, y por el contrario, fomenta las desigualdades económicas y sociales. A su vez, Luis de Sebastián matizaba: “Estas terribles desigualdades [...] no son fruto del subdesarrollo en abstracto, sino del funcionamiento más o menos libre del mercado, cuyos efectos distributivos no son contrarrestados por el Estado, el cual, por regla general, sirve a los intereses de los más ricos”<sup>112</sup>.

Desde el comienzo, la interpósita persona de Paul Bremer propició la implosión de un Estado autárquico en Iraq y, en vez diseñar una democracia constituyó una sinarquía<sup>113</sup> provocando un incremento del grado de subdesarrollo de la población iraquí. Las consecuencias han sido desastrosas. Lejos de mejorar el bienestar de la población, tras doce años de embargo económico internacional, se ha observado una progresiva necrosis estructural del tejido económico, social y judicial. A partir de 2007 la intensificación de la guerra asimétrica empeoró la situación y condujo a un mayor debilitamiento de la sociedad iraquí agravando sus posibilidades de subsistencia.

La característica principal del Estado hueco queda determinada por la configuración de un limbo jurídico yuxtapuesto a una nueva organización del desgobierno<sup>114</sup>.

<sup>109</sup> CSCA web (2003): “El “Procónsul” Bremer: administrar Iraq como una empresa privada”, Nota informativa CSCA web [en línea en [http://www.nodo50.org/cscs/agenda2003/con\\_iraq/nota\\_13-06-03.html](http://www.nodo50.org/cscs/agenda2003/con_iraq/nota_13-06-03.html), citado 27 may 12]. En este artículo puede consultarse el currículo del administrador de la APC.

<sup>110</sup> Se entiende por limbo jurídico la imposibilidad de aplicar el Derecho Internacional, en todas sus facetas, en el territorio iraquí. Se han apreciado, en ciertas ocasiones, acciones dirigidas a impedir la aplicación extraterritorial del derecho interno norteamericano.

<sup>111</sup> Paul Krugman (2008): *Después de Bush. El fin de los “neocóns” y la hora de los demócratas*, Barcelona: Editorial Crítica: 14.

<sup>112</sup> Sebastián (1992): *Mundo rico, mundo pobre. Pobreza y solidaridad en el mundo de hoy*, Santander: Editorial Sal Terrae: 108.

<sup>113</sup> Debe entenderse por “sinarquía” la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia Española (RAE): “2. Por ext., influencia, generalmente decisiva, de un grupo de empresas comerciales o de personas poderosas en los asuntos políticos y económicos de un país”.

<sup>114</sup> La concepción de nueva organización del desgobierno ha sido extraída del profesor Alejandro Nieto. Se considera organización de un aparato y de un sistema normativo que impide necesariamente el buen funcionamiento de la cosa pública. Más todavía: para asegurar el desastre se establecen en ocasiones mecanismos de contraorganización a través de los cuales se consigue distorsionar o paralizar una organización que, de no ser así, actuaría aceptablemente (Nieto [2006]: *La “nueva” organización del desgobierno*, Barcelona: Editorial Ariel: 235). Considero que estas premisas son del todo extrapolables al Estado iraquí durante los dos últimos gobiernos que ha tenido.

## 2. Aproximación al limbo jurídico

La APC, administrada por la interpósita persona de Paul Bremer asumió la responsabilidad sobre la reconstrucción del Estado de Iraq. Durante sus trece meses de gobierno dictó 100 órdenes<sup>115</sup>, que en la práctica funcionan como leyes rozando el absolutismo, sin ningún tipo de regulación democrática. Estas medidas suponen una transformación

del estatuto jurídico del país impuesto a través de los llamados “Decretos Bremer”<sup>116</sup>. De todas estas órdenes<sup>117</sup> destacan:

— Orden 1 de desbaazización de la sociedad iraquí. Esta medida fue utilizada para eliminar a los funcionarios dejando la administración estatal inoperativa. Condujo a la aceleración de la implosión estatal y permitió seleccionar y adiestrar al nuevo cuerpo de funcionarios públicos<sup>118</sup>.

— Orden 17 sobre la garantía de inmunidad ante los Tribunales de Iraq de los ocupantes y de los contratistas de las potencias ocupantes. Debe considerarse la piedra angular del “limbo jurídico” constituido. Exime a las fuerzas de ocupación y personal extranjero de responsabilidad en territorio iraquí. Los tribunales penales recién instaurados no pueden juzgarlos. Un claro ejemplo de esta situación jurídica es el relatado por Imán Ahmad cuando describe el asalto y asesinatos provocados ante una Oficina de los Derechos Humanos en la ciudad de Hila el 1 de mayo de 2004. “El juez del tribunal de investigación cerró el caso porque no podía hacer nada: como usted sabe, las tropas ocupantes no están sometidas a la justicia iraquí”<sup>119</sup>.

La observancia de esta realidad jurídica vincula estas prácticas con la reiterada vulneración de los derechos humanos. Esta realidad comporta una segregación jurídica que vulnera el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sucede lo mismo con los artículos 2, 3, 4 y 5 de la parte II del PIDCP, y a su vez, los artículos 2, 3, 4 y 5 del PIDESC. Esta orden posee una doble finalidad; la primera y más evidente es la impunidad de los crímenes de guerra efectuados por soldados y con-

---

<sup>115</sup> El Centre Européen Tiers Monde y la Asociación Americana de Juristas considera que la adopción de estas órdenes, por parte del gobierno de la APC, son contrarias al principio de la soberanía nacional y a la legislación interna norteamericana. De este modo, esta organización argumenta que “la mayoría de estas órdenes son totalmente contrarias a la Constitución iraquí de 1990 y a las Convenciones de la Haya (1907) y de Ginebra, ratificadas por los Estados Unidos, y que establecen que el Estado que ejerce la ocupación deberá respetar las leyes del país ocupado. Además, violan incluso la ley estadounidense que trata este asunto, a saber The Law of Land Warfare (1956)”. Estudio presentado ante la CDH (2005): “De la reconstrucción a la privatización de Iraq. Tema 9: cuestión de la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier parte del mundo” [en línea en [http://www.cetim.ch/es/interventions\\_details.php?iid=246](http://www.cetim.ch/es/interventions_details.php?iid=246), citado 27 may 12].

<sup>116</sup> Instituto Internacional de los Derechos del Hombre (IIDH) (2004): “Dictamen del Tribunal Internacional sobre Iraq, Sesión de Barcelona 22-24 de mayo de 2004” [en línea en <http://www.idhc.org/esp/documents/DictamenIraq.pdf>, citado 27 may 12].

<sup>117</sup> Es necesario tener presente asimismo el Protocolo nº 4 sobre la confiscación y privatización de los bienes iraquíes.

<sup>118</sup> Por ejemplo, cfr. Departamento de Justicia (2007): “El Secretario de Justicia de los Estados Unidos Alberto R. Gonzales viaja a Bagdad para visitar a personal del Departamento de Justicia, militares estadounidenses y funcionarios iraquíes”.

<sup>119</sup> Imán Ahmad Jamás (2006): *Crónicas de Iraq*, Madrid: Ediciones del Oriente y del Mediterráneo: 87.



tratistas. La segunda, evitar cualquier responsabilidad civil, penal y económica en el proceso de reconstrucción por parte de los contratistas. La finalidad del administrador Paul Bremmer era doble: acabar de dismantelar el Estado y, posteriormente, iniciar su reconstrucción. Los efectos de estas órdenes<sup>120</sup> podrán advertirse en la perspectiva económica.

Las actuaciones llevadas a cabo, han dinamitado la posibilidad de adquirir en un futuro la consolidación de un Estado del bienestar en Iraq; definido por el profesor Vincenç Navarro como, “las intervenciones públicas que tienen como objetivo aumentar la calidad de vida y bienestar social de la población de un país, que incluyen áreas tan importantes en la vida cotidiana de las personas como la Seguridad Social, la creación de empleo, los servicios del Estado del Bienestar como la sanidad y salud pública, la educación y servicios de ayuda a las familias, así como programas de prevención de la exclusión social y desarrollo social y económico”<sup>121</sup>.

Actualmente el estado de Iraq padece un progresivo subdesarrollo. El indicador de la percepción de la corrupción en Iraq en 2007 indicaba que se encontraba en el puesto 178<sup>122</sup> de 200 estados posibles.

### 3. Ilegalidad de las actuaciones

El dismantelamiento del sistema jurídico iraquí durante el proceso de guerra asimétrica no invalida el cumplimiento de los instrumentos jurídicos internacionales de derecho humanitario, que continúan vigentes y deben ser aplicados —en este caso— por las fuerzas de la coalición lideradas por Estados Unidos. Se ha subrayado, en reiteradas ocasiones, la obligatoriedad del cumplimiento de los derechos humanos en tiempos de guerra. Haciendo hincapié en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la AG proclamaba, en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, “el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”<sup>123</sup>.

La jurisprudencia internacional refuerza esta posición. En el primero caso, la CIJ versó su opinión sobre la licitud del uso de las armas nucleares<sup>124</sup>. Posteriormente, la AG pidió a la CIJ que emitiera una opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de

---

<sup>120</sup> Orden 54 sobre la política de liberalización comercial para el 2004; Orden 56 que regula el Banco Central; Orden 36 sobre regulación de la distribución del petróleo; Orden 87 sobre los contratos públicos; Orden 95 que regula la gestión financiera y la deuda pública.

<sup>121</sup> Navarro (2004): *Bienestar insuficiente, democracia incompleta. Sobre lo que no se habla en nuestro país*, Barcelona: Editorial Anagrama: 16-17.

<sup>122</sup> Transparency International, 2007 Corruption Perception Index. 32 empleados de la organización fueron asesinados en el plazo de tres años y el responsable de la lucha contra la corrupción huyó (cfr. Stiglitz, Bilmes, 2008: 195).

<sup>123</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>124</sup> AG de las Naciones Unidas (1996): “Desarme general y completo. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, 51.º período de sesio-



la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado<sup>125</sup>. En ambas opiniones se especifica la obligatoria aplicación PIDCP y PIDESC por parte del Estado que ejerce su jurisdicción en territorio extranjero y es aplicable también en tiempos de hostilidades. Las principales consecuencias sociales de ignorar estos preceptos son:

**Empobrecimiento:** La sociedad iraquí está soportando con gran esfuerzo tanto el proceso de implosión del Estado de Iraq como su proceso de reconstrucción. En 2003 la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y el Programa Mundial de Alimentos (PMA) exponían que: “A pesar de la buena cosecha de cereales y del levantamiento de las sanciones, casi la mitad de los 26,3 millones de habitantes de Iraq pueden ser considerados como pobres y necesitados de ayuda alimentaria [...] en la actualidad, el 60 por ciento de la población iraquí no tiene trabajo y depende en gran medida de las raciones alimentarias públicas”<sup>126</sup>.

El CICR, en su informe, de 2007 titulado “civiles sin protección” consideraba que, según fuentes gubernamentales, se estimaba que un tercio de la población vive en pobreza y un 5% vive en extrema pobreza<sup>127</sup>. En la misma dirección, en 2008, la periodista Ángeles Espinosa aportaba los siguientes datos: “Un 43% sobrevive con menos de un dólar al día, el umbral de la pobreza extrema. Seis millones de personas necesitan ayuda humanitaria, el doble que en 2004, inmediatamente después de la guerra, pero solo el 60% de la población tiene acceso a las raciones que entonces eran universales. Además ante las presiones del Banco Mundial, el Gobierno iraquí estudia poner fin a esas raciones y al subsidio a los carburantes”<sup>128</sup>.

El peso del conflicto ha devastado la ya deteriorada sociedad civil iraquí llevando el subdesarrollo a niveles difíciles de precisar, mientras el Fondo Monetario Internacional (FMI) fomenta el recorte de subsidios y la progresiva retirada de las cartillas de racionamento a cambio de la concesión de préstamos de 680 millones de dólares. En 2006, unas 4 800 000<sup>129</sup> familias iraquíes estaban registradas como receptoras de una ración mensual de productos básicos.

**Sanidad:** Con anterioridad<sup>130</sup> a 2003 el sistema sanitario ya se encontraba muy deteriorado por veintitrés años de conflictos. Actualmente hay 172 hospitales públicos

nes, 19 de julio de 1996: 16 [en línea en [http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory\\_1996-07-08.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_1996-07-08.pdf), citado 27 may 12].

<sup>125</sup> AG de las Naciones Unidas (2004): “Medidas ilegales israelíes en la Jerusalén oriental ocupada y el resto del territorio palestino ocupado. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, décimo período extraordinario de sesiones de emergencia, 13 de julio de 2004: 39-41 [en línea en [http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory\\_2004-07-09.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf), citado 27 may 12].

<sup>126</sup> FAO (2003): “En Iraq millones de personas continúan malnutridas a pesar de la buena temporada de las cosechas”, FAO sala de prensa [en línea en <http://www.fao.org/spanish/newsroom/news/2003/22602-es.html>, citado 27 may 12].

<sup>127</sup> CICR (2007): “Iraq: Civilians without protection” [en línea en <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/report/iraq-report-110407.htm>, citado 27 may 12].

<sup>128</sup> Espinosa, 2008.

<sup>129</sup> Cogan (2006): “Las medidas del Fondo Monetario Internacional causan estragos en el pueblo iraquí”, IraqSolidaridad [en línea en [http://www.nodo50.org/iraq/2006/docs/econ\\_1-03-06.html](http://www.nodo50.org/iraq/2006/docs/econ_1-03-06.html), citado 27 may 12].

<sup>130</sup> La guerra contra Irán, desde 1980, sumada a las sanciones internacionales impuestas después de 1990, indujo a que el sistema iraquí de atención a la salud se centrara en los servicios de urgencia en detrimento

con una capacidad de 30 000 camas (Cruz Roja calcula que harían falta un mínimo de 80 000 camas) y 65 hospitales privados. La mayoría fueron construidos hace 35 años y no reúnen las condiciones mínimas. La misma suerte corren los centros de atención primaria de salud, (se contabilizan 1 285 centros). Las diversas fuentes consultadas coinciden en la imposibilidad de obtener estadísticas fiables y completas sobre el estado de los servicios públicos en Iraq. La guerra simétrica y asimétrica supuso la devastación de parte de la infraestructura y equipamientos del servicio sanitario. El informe presentado por la ONG Medact basándose en los datos del ministerio de Sanidad iraquí extrae las siguientes conclusiones; “Estimaciones oficiales sugieren que [durante la invasión del] 2003 alrededor del 12 % de los hospitales resultaron dañados y el 7 % saqueados; más de una tercera parte de las instalaciones que proporcionaban servicios de planificación familiar fueron destruidos; y alrededor del 15 % de las unidades de atención comunitaria infantil cerradas. Probablemente, estos datos sean peores en la realidad. Los dos laboratorios sanitarios públicos principales de Bagdad y Basora fueron saqueados y destruidos”<sup>131</sup>.

Se ha observado la persecución y el asesinato del personal sanitario. Christopher Stokes, secretario general de Médicos sin Fronteras Internacional, advertía que las agencias humanitarias deben trabajar “por control remoto” desde los países limítrofes a Iraq. La razón que argüía se centraba en la gran violencia desatada contra los agentes humanitarios. “Los propios directores de hospitales o los equipos quirúrgicos iraquíes solicitan ayuda de forma totalmente clandestina, arriesgando sus vidas si sale a la luz cualquier asociación entre ellos y una organización internacional. Salvar vidas es una tarea tan mortal para los iraquíes como para los trabajadores humanitarios extranjeros. Cientos de médicos han sido asesinados en este conflicto”<sup>132</sup>.

En el informe de Cruz Roja<sup>133</sup>, de 21 de marzo de 2008, se subrayaba que, según fuentes iraquíes, desde 2003 se ha dado muerte a más de 2 200 médicos y enfermeros y más de 250 han sido secuestrados. De los 34 000 médicos inscritos en 1990, por lo menos 20 000 han abandonado el país. Respecto a las ayudas económicas dirigidas al proceso de reconstrucción de los hospitales y el suministro de medicamentos, equipos quirúrgicos, etc. que estaban aprobados y presupuestados en la mayoría de los casos se ha reorientado a la mejora de la seguridad del país, en detrimento de los pacientes. Las ayudas económicas para la reconstrucción han ido a parar a empresas privadas americanas, que presentan un alto índice de corrupción, en detrimento de las necesidades urgentes del país. “El viceministro de Sanidad, el dr. al-Juzaie, dijo que el

---

del tratamiento de enfermedades crónicas, de programas de salud pública, del mantenimiento de la infraestructura y equipamientos junto a la formación de personal. Este conjunto de factores, recogidos en el informe de Cruz Roja, imposibilitaban al servicio sanitario iraquí a prepararse mínimamente para hacer frente al conflicto bélico que se iniciaría en 2003.

<sup>131</sup> Medact (2005): “La sanidad en Iraq durante el año 2004. Soportando los efectos de la guerra”, IraqSolidaridad: 11 [en línea en [www.nodo50.org/iraq/2004-2005/informes/informe\\_sanidad-2004.html](http://www.nodo50.org/iraq/2004-2005/informes/informe_sanidad-2004.html), citado 27 may 12].

<sup>132</sup> Stokes (2006-2007): “Humanitarismo,... de momento”. *Memoria Internacional 06/07 Médicos Sin Fronteras*, de julio de 2006 a julio de 2007.

<sup>133</sup> CICR (2008): “Informe de la Cruz Roja: tras cinco años de guerra, la situación humanitaria en Iraq es una de las más graves del mundo”.

ministerio de Sanidad tenía asignados 1 000 millones de los 18 600 miles de millones asignados para reconstruir Iraq. Durante una entrevista mantenida en su despacho en el mes de junio de 2004, afirmó con claridad que Bechtel, a través de la Agencia para la Ayuda Internacional de Estados Unidos (se la conoce como USAID por las siglas de su denominación en inglés, *United States Agency for International Development*), había conseguido los contratos para a su vez distribuir los subcontratos y el dinero para la reconstrucción y rehabilitación de los hospitales<sup>134</sup>. Otros contratos emitidos por USAID<sup>135</sup> fueron a parar a *Abt Associates* y *Research Triangle Institut*. Finalmente, muchos enfermos crónicos se han abandonado a su suerte ya que es imposible asistirlos.

**Educación:** el sistema educativo<sup>136</sup> ha evolucionado de forma paralela al sanitario tanto en su constante deterioro como en un ineficaz proceso de reconstrucción. Desde el conflicto bélico del 2003 la realidad educativa ha empeorado muchísimo en todos los ciclos formativos. De hecho, “la UNESCO señaló que los efectos de la guerra en 2003 y de la violencia desencadenada después han tenido un impacto muy negativo en la educación. Actualmente, el 22 % de los niños iraquíes está sin escolarizar y son las niñas las que más padecen esta situación. Además, muchos docentes abandonaron el país tras ser víctimas de amenazas o de atentados”<sup>137</sup>.

El sistema educativo ha mermado su calidad debido a que los profesores se han convertido en objetivo militar. Concretamente, “la calidad de la educación ha experimentado una acusada disminución debido a que muchos docentes abandonan el país por ser víctimas de atentados y amenazas, llevándose consigo todo un cúmulo de conocimientos y experiencia. Desde 2003 han sido asesinados más de 150 docentes y muchos centenares más han desaparecido”<sup>138</sup>. Esta cifra debe aumentarse al considerarse el número creciente de desaparecidos.

La organización Iraq Solidaridad denunció “una guerra para borrar la cultura y el futuro de los iraquíes”, con la desaparición de más de trescientos profesores universitarios desde la invasión estadounidense del país en marzo de 2003<sup>139</sup>. Además, “otras fuentes<sup>140</sup> calculan que el número de profesores asesinados asciende a 300 personas. En el caso de las universidades el asesinato de profesores y el estado del las mismas no parece indicar una mejoría. De este modo, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por sus siglas en inglés *United*

<sup>134</sup> *Op. cit* Dahr Jamail, 2005: 21.

<sup>135</sup> Puede verse la estipulación de los contratos en <http://www.usaid.gov> [citado 27 may 12].

<sup>136</sup> El constante deterioro del sistema educativo iraquí se origina en la guerra entre Irán e Iraq (entre 1980 y 1988). Tras la guerra del Golfo y el embargo que padeció Iraq (de 1991 a 2003) la situación aún empeoró.

<sup>137</sup> ACNUR (2008): “Iraq: UNESCO auspicia conferencia sobre educación”, Centro de Noticias de la ONU [en línea en <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?NewsID=13752>, citado 27 may 12].

<sup>138</sup> UNESCOprensa (2008): *Conferencia internacional sobre el derecho a la educación en Iraq*, anuncio a la prensa [en línea en [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=43677&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=43677&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html), citado 27 may 12].

<sup>139</sup> Europa Press (2006, 22 abr): ““Iraq Solidaridad” denuncia la desaparición de más de 300 docentes desde la invasión estadounidense”.

<sup>140</sup> Iraq Solidaridad (2008): “Lista de docentes universitarios asesinados en Iraq durante el período de ocupación. Docentes universitarios asesinados: 289”, CEOSI [en línea en [http://www.iraqsolidaridad.org/2004-2005/docs/represion\\_11-11-05.html](http://www.iraqsolidaridad.org/2004-2005/docs/represion_11-11-05.html), citado 27 may 12].

*Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*) manifestaba que el viceministro de enseñanza superior, Idris Salih, declaró que un 85 % de las infraestructuras universitarias habían sido destruidas durante los meses de caos en que la coalición militar trataba de hacerse con el control del país<sup>141</sup>.

En el caso de institutos y escuelas la información es más imprecisa. Según Rachel Bonham Carter, en 2004 alrededor del 85 % de las 14 000 escuelas de Iraq necesitaban rehabilitación. UNICEF y sus aliados han puesto en práctica un programa nacional para asegurar que los alumnos disfruten de aulas confortables, patios de recreo seguros e instalaciones higiénicas de agua y saneamiento<sup>142</sup>. En este sentido la UNESCO señaló: “Los efectos de la guerra en 2003 y de la violencia desencadenada después han tenido un impacto muy negativo en la educación. Actualmente, el 22 % de los niños iraquíes está sin escolarizar y son las niñas las que más padecen esta situación. Además, muchos docentes abandonaron el país tras ser víctimas de amenazas o de atentados”<sup>143</sup>. A modo de conclusión, los efectos negativos de diezmar el sistema educativo pueden derivar en lo que Dirk Adrienssens, miembro del comité ejecutivo del Tribunal de Bruselas, señaló: “Si Estados Unidos acaba con la clase académica, serán capaces de llegar a dominar todo el país”<sup>144</sup>. La importancia de la educación en el proceso de desarrollo de los Estados es vital. Estas tesis ya eran enunciadas por David S. Landes<sup>145</sup> y, a largo plazo, marcaba el grado de desarrollo conseguido entre los Estados ricos de los pobres.

**Segmentos sociales más vulnerables: mujeres y niños:** la infancia, la maternidad y la senectud son los segmentos sociales más sensibles en caso de conflicto armado. La inestabilidad les perjudica de forma directa. La doctora Ana Elisa Osorio Granada enfatiza que las mujeres son seriamente afectadas por los conflictos armados: la familia se ve totalmente desintegrada, el acceso a los servicios básicos se restringe e incluso el acceso a los alimentos, de igual forma el acceso a los servicios de salud está seriamente afectado, amén del deterioro de la infraestructura de estos por falta de financiación.<sup>146</sup> Según el informe presentado por la ONG *Save the Children* en 2007: “La tasa de mortalidad infantil ha aumentado un 150 % desde 1990, como consecuencia del conflicto. Alrededor de 122 000 niños iraquíes murieron en 2005 antes de cumplir

<sup>141</sup> David Jobbins (2005): “El frágil porvenir de la universidad en Iraq”. *The New Courier*, mayo de 2005 [en línea en <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139497e.pdf#139496>, citado 27 may 12].

<sup>142</sup> Rachel Bonham Carter (2007): “La campaña para restaurar las escuelas crea núcleos de estabilidad en Iraq”, UNICEF [en línea en [http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/iraq\\_38302.html](http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/iraq_38302.html), citado 27 may 12].

<sup>143</sup> *Op. cit.* ACNUR (2008): “Iraq: UNESCO auspicia conferencia sobre educación”, Centro de Noticias de la ONU [en línea en <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?NewsID=13752>, citado 27 may 12].

<sup>144</sup> *Op. cit.* Europa Press (2006, 22 abr): “Iraq Solidaridad” denuncia la desaparición de más de 300 docentes desde la invasión estadounidense”.

<sup>145</sup> David S. Landes (2000): *La riqueza y la pobreza de las naciones. Por qué unas son tan ricas y otras son tan pobres*, Barcelona: Editorial Crítica.

<sup>146</sup> Naciones Unidas (2005): “Panel I. Enhanced participation of women in development: an enabling environment for achieving gender equality and the advancement of women, taking into account, inter alia, the field of education, health and work”: 4 [en línea en <http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/csw50/statements/CSW%2050%20-%20Panel%20I%20-%20Ana%20Elisa%20Osorio%20Granado.pdf>, citado 27 may 12].

los cinco años de edad. Más de la mitad de estas muertes se produjeron en el primer mes de vida de los niños”<sup>147</sup>.

Por su parte, en diciembre de 2007, UNICEF expresó gran alarma por la crítica situación en la que viven dos millones de niños iraquíes, afirmando que los menores en Iraq continúan afrontando una alimentación inadecuada, falta de agua potable, están expuestos a varias enfermedades y no tienen escuelas. Añadía que en 2007 muchos niños fueron víctimas del fuego cruzado del conflicto y que 1 350 de ellos fueron arrestados<sup>148</sup>. Asimismo, se han comenzado a observar casos de explotación infantil, mendicidad y prostitución en estos segmentos de la población. La causa debe buscarse en las rupturas de los núcleos familiares y en la nueva desorganización del Estado que deja de cumplir sus obligaciones. En este sentido, el ACNUR estimaba que un número importante de iraquíes, que se han desplazado tanto a nivel interno como fuera del país, se ha quedado ya sin recursos o lo harán pronto, quedando tanto ellos como sus comunidades de acogida en una situación de mayor vulnerabilidad aún. Se reciben cada vez más informes sobre mujeres que se ven obligadas a recurrir al ejercicio de la prostitución y sobre el incremento de los problemas derivados del trabajo infantil<sup>149</sup>. Estas mismas observaciones las reforzaba la ONG AI: “Tras la guerra, las mujeres y niñas han sido víctimas cada vez con más frecuencia de agresiones violentas, incluidos secuestros, violaciones y asesinatos, a causa del derrumbamiento del orden público. Muchas mujeres no se atrevían a salir de casa, y muchas niñas dejaron de ir al colegio. Las mujeres que han sido víctimas de violencia en la calle o en el hogar prácticamente no tienen ninguna esperanza de obtener justicia”<sup>150</sup>.

A esta deplorable situación hay que añadir la que se irá derivando de la pérdida de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer en el nuevo marco constitucional.

#### IV. Perspectiva económica

La implosión del Estado de Iraq supuso finiquitar su autarquía económica. Atendiendo a las consignas defendidas por la administración de George W. Bush, un primer examen debería mostrar la transición de un sistema autárquico hacia una economía globalizada de libre mercado<sup>151</sup>, marcada por sus rasgos neoliberales. Contrariamente, la aplicación de las políticas económicas desplegadas en Iraq, en plena guerra asimétrica,

<sup>147</sup> Save the Children (2007): “Estado Mundial de las Madres 2007”.

<sup>148</sup> UNICEF (2008): “Iraq: UNICEF expresa alarma por situación precaria de dos millones de niños”, Centro de Noticias de la ONU [en línea en <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?NewsID=11226>, citado 27 may 12].

<sup>149</sup> ACNUR (2007): “ACNUR lanza un nuevo llamamiento para las operaciones en Iraq”, Boletín de la ONU. Naciones Unidas, Centro de información para México, Cuba y República Dominicana [en línea en [www.nacionesunidas.org.mx](http://www.nacionesunidas.org.mx), citado 27 may 12].

<sup>150</sup> AI (2004): “Iraq. Un año después, la situación de los derechos humanos sigue siendo alarmante”: 12.

<sup>151</sup> La visión de un mundo polarizado entre autarquías y economías de libre mercado (o autarquías y democracias) puede ampliarse en la obra de Kagan (cfr. Kagan [2008]: *El retorno de la historia y el fin de los sueños*, Madrid: Santillana). Se debería definir el grado de autarquía económica durante el régimen de Sadam

ha creado una sinarquía cuyos efectos sobre la población civil son extremadamente difíciles de valorar. *Grosso modo*, esta situación es resultado de la nueva realidad jurídica impulsada por Paul Bremer, interpósita persona, como administrador de la APC.

El profundo desconocimiento de la complejidad de la economía global junto a negligentes políticas de desgobierno ha propiciado la aparición de un Estado hueco con selectividad porosa en sus fronteras, que originan una endósmosis y permite, en el nuevo Iraq, la connivencia de: una administración corrupta e ineficaz, determinadas empresas transnacionales (ETN) que buscan un enriquecimiento galopante y provocan la proliferación —y asentamiento— de redes de delincuencia transnacional organizada (DTO); además, de la proliferación de grupos insurgentes y contrainsurgentes con intereses económicos creados.

Este legado lo heredó el Gobierno Interino Iraquí bajo la presidencia de Ali al-Maliki, interpósita persona de la Administración Bush. Las medidas políticas de la APC ha determinado las políticas del posterior gobierno interino iraquí. Su mandato se ha caracterizado por la ausencia de medidas dirigidas a erradicar, corregir o mitigar este panorama<sup>152</sup> económico; lo que da lugar a la posibilidad de un enquistamiento y una perpetuación de esta devastadora realidad. Se extrae la conclusión que gran parte de la situación económica es producto de una ineficacia en la gestión política y jurídica por parte del Estado, como destaca la economista Loretta Napoleoni: “En medio de cambios profundos, la política puede perder el control de la economía, y esta se convierte en un poder salvaje en medio de nuevos emprendedores”<sup>153</sup>.

La misma autora se remite al liberalismo clásico, citando a Adam Smith, “El comercio y las manufacturas, en pocas palabras, no pueden florecer fácilmente en un Estado en el que no haya un cierto grado de confianza en la justicia del gobierno”. Es decir, “un Estado que no goce de una administración arreglada de justicia, en donde el pueblo no se crea seguro en la posesión de su propiedad, en que no se sostenga y proteja por la ley la buena fe de los contratos, y en que no se dé por supuesto que la autoridad del Gobierno se emplea en esforzar la paga de los débitos contra aquellos que están en aptitud de satisfacer deudas”<sup>154</sup>.

La reconstrucción económica se ha basado en la creencia de que la instauración de un libre mercado supliría el papel del Estado de Iraq. La implosión de un Estado seguida de políticas económicas, basadas en la terapia de choque<sup>155</sup> e inmersas en una

Huseín. Ya que existían muchas exportaciones e importaciones de bienes. Profundizar en esta cuestión nos alejaría de los propósitos fijados.

<sup>152</sup> Resulta extremadamente complejo clarificar hasta que punto la concurrencia de estos agentes convierten esta entalpía económica en un proceso reversible.

<sup>153</sup> Loretta Napoleoni (2008): *Economía canalla. La nueva realidad del capitalismo*, Barcelona: Paidós: 16.

<sup>154</sup> Adam Smith (1985): *La riqueza de las naciones*, III t., Barcelona: Ediciones Orbis, t. III: 220.

<sup>155</sup> Una aproximación a la definición que propone el profesor Joseph E. Stiglitz sería: “rápida privatización de los activos de propiedad estatal y liberalización abrupta del comercio, los precios y las corrientes de capitales”. Frente a esta opción el premio nobel en economía presenta la liberalización gradual del mercado para permitir al mismo tiempo el establecimiento del Estado de derecho. Como pronóstico de la aplicación de la terapia de choque en Iraq en relación a la impulsada en el antiguo mundo soviético, el profesor Stiglitz establece, “de hecho, los partidarios de la terapia de choque sostienen que sus fracasos no se debieron a una excesiva rapidez —demasiado choque y no suficiente terapia—, sino a un choque insuficiente, con que ya



economía de guerra, no están conduciendo a una estabilización del país. Como ha señalado George Soros, reflexionando sobre el capitalismo financiero: “Lo cierto es que los mercados financieros se desestabilizan a sí mismos; en ocasiones tienden hacia el desequilibrio, no hacia el equilibrio”<sup>156</sup>. Si se adaptan estas premisas al contexto tratado, se extrae como conclusión que estas políticas económicas conducen a un desequilibrio del sistema que solo beneficia a un reducido número y no suple las funciones que garantiza un Estado fuerte. Si se añade una gestión económica basada en la falta de transparencia, descoordinación, falta de planificación y finalmente, altas dosis de corrupción<sup>157</sup>, el resultado final impide la construcción de un Estado iraquí democrático y crea un “ilusionismo económico”<sup>158</sup> que eleva el coste total de la reconstrucción estatal sin conseguir sus objetivos.

El despliegue de una rápida “terapia de choque” tenía como objetivo la aplicación rápida del programa económico basado en las tres premisas; estabilización, liberalización (acompañada de apertura de los mercados de capitales) y privatización; auspiciadas por la administración Bush encabezada por Dick Cheney, el FMI y el Banco Mundial. En esta línea se inscriben la Orden 54, sobre la política de liberalización comercial para el 2004 y la Orden 95, que regula la gestión financiera y la deuda pública. Uno de los aspectos más controvertidos de este conflicto bélico es el protagonismo geoestratégico y control del petróleo<sup>159</sup>. En este contexto, Naomi Klein considera: “Ellos deben ser obligados a pagar por las reparaciones (Hay que recordar que el régimen de Saddam Husein pagó a Kuwait 9 000 millones de dólares en reparaciones tras la invasión de 1990.) En cambio, se obliga a Iraq a vender el 75 % de su patrimonio nacional para saldar las cuentas de una invasión ilegal”<sup>160</sup>.

El presupuesto para impulsar la reconstrucción económica provenía de tres fuentes básicas: El Banco Central Iraquí (BCI)<sup>161</sup>, La Reserva Federal Norteamericana, capitales internacionales (FMI, Banco Mundial, AOD de los países del CAD, etc. y la privatización de las principales fuentes de riqueza iraquí (yacimientos de petróleo, gas, etc. La gestión de la mayoría de proyectos se realizó a través del Fondo para el Desarrollo de

---

pueden prepararse los iraquíes para una dosis aún más brutal” (Stiglitz [2004]: “El próximo choque para Iraq será la terapia de choque”, Project Syndicate [en línea en <http://www.project-syndicate.org/commentary/stiglitz42/Spanish>, citado 27 may 12]). Las prácticas de estas transiciones a la economía de mercado no se han probado con anterioridad en situaciones de conflicto bélico activo y las consecuencias de una aplicación pueden ser imprevisibles.

<sup>156</sup> Gardels (2008, 18 oct): entrevista realizada a George Soros, *El País*.

<sup>157</sup> Reid (2006, 26 ene): “How us lost billions in Wild West gamble to rebuild Iraq”, *The Times*.

<sup>158</sup> Se entiende por “ilusionismo económico” la continua posibilidad que existe en la redireccionalidad de los flujos de capital por diversas vías, caracterizadas por su opacidad y su pluralidad. Esto impide su seguimiento y búsqueda de responsabilidades (reforzada por la Orden 17 de la APC), posibilitando un aumento en el fraude, la corrupción y el robo.

<sup>159</sup> Esta privatización, muy destacada en los campos petrolíferos y de gas comienza a tener consecuencias. Hay que recordar que la exportación del petróleo era la principal fuente de ingresos de Iraq. Si el Estado pierde esta fuente de ingresos deja de hacer frente a los gastos sociales de su población.

<sup>160</sup> Klein (2008, 11 ago): “El capitalismo de desastre”, *La Vanguardia*.

<sup>161</sup> El 28 de enero de 2008 se produjo un gran incendio en el BCI, uno de los edificios más protegidos, lo que dificultará el estudio detallado de la financiación del proceso de reconstrucción (“Un gran incendio arrasa la sede del Banco Central de Iraq en Bagdad”, *La Vanguardia*, 28 de enero de 2008).



Iraq (FDI)<sup>162</sup> que, a posteriori, se traspasaría a la APC y al USAID (Orden 56 que regula el BCI). El profesor Joseph Stiglitz considera al respecto: “El Banco Mundial y otras instituciones que estudian la posibilidad de ayudar a través de préstamos se enfrentan a dificultades incluso mayores. Acumular más deuda sobre las obligaciones de Iraq, ya inmensas, solo servirá para empeorar las cosas. Si la economía iraquí se tambalea como consecuencia de un programa de reconstrucción económica equivocado, basado en la terapia de choque, el país se encontrará mucho más endeudado y con escasas compensaciones”<sup>163</sup>.

El coste económico del conflicto bélico tanto para Iraq, que ha quedado devastado, como para las fuerzas de la coalición (gran parte de la carga económica la padece Estados Unidos<sup>164</sup>) ha sido enorme y difícil de cuantificar. El profesor Joseph E. Stiglitz enfatizaba el endeudamiento que ha padecido los Estados Unidos para sufragar el coste de su intervención. “Hasta el país más grande y más rico del mundo tiene recursos limitados. La guerra de Iraq ha sido financiada enteramente por el crédito; y en parte por eso, la deuda nacional de los Estados Unidos aumentó dos terceras partes en apenas ocho años”<sup>165</sup>. Las principales fuentes de financiación existentes en Iraq se encontraban en el FDI, gestionado por la administración de ocupación bajo la supervisión del FMI y del Banco Mundial, “Pero en vez de destinar este dinero para paliar las necesidades básicas de una población cada vez más empobrecida y exhausta, los fondos del FDI se están utilizando para cubrir los créditos bancarios otorgados a las multinacionales estadounidenses que, como *Halliburton* y *Bechtel*, han sido seleccionadas por las fuerzas de ocupación para participar en la explotación económica de Iraq, particularmente en su sector energético”<sup>166</sup>.

El atentado contra la sede de la ONU en Bagdad supuso el traslado del personal de la UNAMI<sup>167</sup> a Ammán (Jordania). La ausencia de un relator especial de Naciones Unidas para Iraq será reemplazado por los informes presentados por el primer ministro Nuri al-Maliki. Una de las primeras medidas que adoptó la APC fue muy similar a la utilizada en la reconstrucción de Europa cuando esta quedó devastada por la segunda guerra

---

<sup>162</sup> Puede observarse la finalidad del FDI y las gestión del fondo por parte de la APC en la Resolución 1483 (2003) aprobada por el CS [en línea en <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/ccc5d28450ecc09bc1256d3200310868?Opendocument>, citado 27 may 12]. El artículo 14 subraya que el fondo deberá utilizarse de manera transparentes para satisfacer las necesidades humanitarias y para otros fines que vayan en beneficio de la población iraquí.

<sup>163</sup> Stiglitz (2004, 24 feb): “Iraq: la próxima conmoción será una terapia de choque”, *El País*.

<sup>164</sup> El del balance económico que proponemos tiene como objetivo final contextualizar las condiciones de vida que padece la sociedad iraquí desde el inicio del conflicto bélico hasta el proceso de reconstrucción en el que se halla sumido. Nuestra intención no es hacer un balance del coste estimado de la guerra, que se ha cifrado entre los casi 3 a los 5 billones de dólares (cfr. *op. cit.* Stiglitz, Bilmes, 2008).

<sup>165</sup> Stiglitz (2008): “Aprendiendo las lecciones de Iraq”, Project Syndicate [en línea en <http://www.project-syndicate.org/commentary/stiglitz103/Spanish>, citado 27 may 12].

<sup>166</sup> CSCA web (2003): “Contra la “Conferencia de donantes para Iraq” de Madrid: ni un dólar ni un soldado para apuntalar la ocupación de Iraq”, comunicado del Comité de Solidaridad con la Causa Árabe [en línea en [http://www.nodo50.org/cscs/agenda2003/con\\_iraq/nota\\_16-09-03\\_donantes.html](http://www.nodo50.org/cscs/agenda2003/con_iraq/nota_16-09-03_donantes.html), citado 27 may 12].

<sup>167</sup> ONU (2009): “ONU recuerda a víctimas de ataques a sede en Iraq en 2003”, Servicio de noticias de las Naciones Unidas [en línea en <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=7546>, citado 27 may 12].

mundial. Joseph E. Stiglitz y Linda J. Bilmes aportan los siguientes datos: “En 2003 el Congreso aprobó ayuda para la reconstrucción de Iraq de 18 000 millones de dólares —el triple, en términos per cápita, de lo que se gastó en Europa con el Plan Marshall—. Pero en lugar de utilizar ese dinero inmediatamente para arreglar el sistema eléctrico, las refinerías de petróleo y las escuelas de Iraq. [...] Gran parte de ese dinero se reasignó a actividades militares o simplemente no se utilizó”<sup>168</sup>.

En palabras de Nicole Colson: “De los miserables 18 400 millones de dólares que EE UU asignó para la reconstrucción de Iraq, al menos la mitad se han esfumado, según *The Washington Post*, [...] en [combatir] la insurgencia, en el fortalecimiento de un sistema judicial iraquí criminal y en la investigación y juicio de Saddam Husein”<sup>169</sup>. Se ha detectado una falta de transparencia, tanto en los concursos de licitación como en la asignación y el seguimiento de las partidas presupuestarias. Resulta extremadamente difícil conocer el origen<sup>170</sup> por no existir un organismo que unifique los datos. El capital fluye por un circuito cerrado en el que solo se benefician las corporaciones de empresas transnacionales que han conseguido licitaciones, los funcionarios corruptos, pero la ayuda económica, en la mayoría de los casos no llega al pueblo iraquí. Al contrario, el pueblo iraquí y el norteamericano se empobrecen<sup>171</sup> porque sus administradores no paran de solicitar mas créditos endeudando al país a través del BCI<sup>172</sup> o a la Reserva Federal Norteamericana mediante partidas de emergencia<sup>173</sup> (Orden 87 sobre los contratos públicos), destacando la necesidad de poseer un seguro<sup>174</sup> aquellas empresas transnacionales que trabajan en Iraq. Aunque en última instancia el aval es el Estado. Únicamente la intervención de ONG y organismos especializados de Naciones Unidas como UNICEF, ACNUR, etc. paliar la situación con ayudas de emergencia. Pero en ningún caso consiguen suplir la ausencia real del Estado de Iraq.

La mayor parte del dinero invertido en la reconstrucción de Iraq (de origen público), que salió de Estados Unidos ha vuelto a su origen mediante el uso de contratistas norteamericanos (empresas privadas cuyos beneficios repercuten notablemente sobre directivos y accionistas, como ejemplos Halliburton, Blackwater, etc. Conviene des-

<sup>168</sup> *Op. cit.* Stiglitz, Bilmes, 2008: 18.

<sup>169</sup> Colson (2006): “Despilfarro, pillaje y miseria: El coste de la guerra para EE.UU. e Iraq”, CEOSI [en línea en <http://www.nodo50.org/iraq/index.html>, citado 27 may 12].

<sup>170</sup> Si los presupuestos proceden del departamento de defensa se consideran secretos por razones de seguridad y pueden ser otorgados por otras vías.

<sup>171</sup> Se calculó que el coste de la guerra ascendía a 13 600 euros por familia norteamericana en 2007 (Cañete Bayle [2007, 14 nov]: “La guerra costa als EUA 13 600 euros per familia”, *El Periódico de Catalunya*; *op. cit.* Stiglitz, Bilmes, 2008). Todo esto sin sumar la crisis financiera desatada en 2008 y cuyas consecuencias también deberán asumir las familias americanas.

<sup>172</sup> Pueden observarse las facilidades que se otorgan a las empresas que quieren intervenir en Iraq y las posibilidades de recibir créditos en Departamento de Comercio: “Exporting U.S. goods to Iraq”.

<sup>173</sup> El profesor Stiglitz considera que “en las asignaciones presupuestarias ordinarias, la corrupción es difícil, porque el gasto es escrupulosamente supervisado. Ante las emergencias es distinto. Se le dice al Congreso que si no aprueban las asignaciones se producirá un desastre, y, por consiguiente, los congresistas no pueden detenerse en los detalles. Así surge el marco que hace posible la corrupción” (José María Ridao [2008, 22 jun]: “Iraq no ha sido solo un fracaso, también un desastre” [entrevista a Stiglitz], *El País*).

<sup>174</sup> Klein (2004, 5 ene): “Iraq: Un banquete de negocios y corrupción”, *Mundo Árabe* [en línea en [http://www.mundoarabe.org/iraq\\_negocio\\_y\\_estafa.htm](http://www.mundoarabe.org/iraq_negocio_y_estafa.htm), citado 27 may 12].

tacar que “en Iraq, gran parte del dinero estadounidense gastado en la reconstrucción fue para contratistas estadounidenses de alto precio en vez de para mano de obra iraquí local de bajo coste. [...] Ello no solo constituyó un despilfarro sino que además suscitó resentimiento por parte de los iraquíes”<sup>175</sup>. Estas acciones, sumadas a la eliminación de medidas protectoras, provocó la devastación del tejido económico de Iraq. El profesor Dave Whyte señala que Al-Judairi (presidente de la Federación Iraquí de Contratistas) condenó la ocupación por el daño hecho a la economía y se quejó de que el *dumping* había llevado a la bancarrota a 25 000 empresas locales<sup>176</sup>.

En el ámbito social, esta situación se ha traducido en el incremento de las tasas de paro y la pérdida de los salarios que percibían los trabajadores que se encontraban desempleados por aquellas fechas<sup>177</sup>. Los estudios presentados por Leila Abdulatif, ministra de trabajo y asuntos sociales, y Mahdi Hafes, ministro iraquí de planificación, en la Conferencia Internacional de empleo en Iraq (celebrada en Amán) mostraban, en diciembre de 2004, que tanto las tendencias del empleo como la situación del mercado laboral permanecían “extremadamente precarias”. De hecho: “Estudios recientes indican que alrededor del 30 por ciento de la fuerza laboral iraquí de alrededor de siete millones está desempleada, con un 50 por ciento de desempleo juvenil”<sup>178</sup>.

El desempleo, según Abdullah Abdul Hamid Mousa, había producido 10 millones de parados (entre el 65 % y el 70 %) en 2004<sup>179</sup>. Las tasas de desempleo<sup>180</sup> en 2008 continúan siendo demasiado elevadas y no se ha observado ninguna tendencia en el aumento de contratación de trabajadores iraquíes. Estos estudios no analizan las causas que han provocado el aumento de parados y, por tanto, los remedios propuestos han sido ineficaces por parte de la administración iraquí. Como se ha advertido, la mayoría de empresas encargadas de la reconstrucción del Estado de Iraq son norteamericanas y contratan a trabajadores no iraquíes aumentando las tasas de paro. El informe presentado por el ACNUR presenta las dificultades de encontrar empleo en Iraq: “Existen muy pocas oportunidades de empleo debido a la falta de presupuesto de los ministerios y al colapso de la industria pública. La competencia por los puestos vacante es enorme:

<sup>175</sup> *Op. cit.* Stiglitz, Bilmes, 2008: 171-172.

<sup>176</sup> Whyte (2006): “El pillaje de las corporaciones empresariales de EE. UU. en Iraq. Un total de 7 500 millones de euros del Fondo para el Desarrollo de Iraq no han podido ser justificados”, IraqSolidaridad, [en línea en [http://www.nodo50.org/iraq/2006/docs/econ\\_14-02-06.html](http://www.nodo50.org/iraq/2006/docs/econ_14-02-06.html), citado 27 may 12].

<sup>177</sup> Según el ACNUR, “antes de la guerra, los desempleados podían beneficiarse de alguna forma de seguridad social proporcionada por el gobierno, aunque debe admitirse que esta forma de asistencia era extremadamente limitada y de difícil acceso” (ACNUR [2004]: “Información de país de origen Iraq”: 7 [en línea en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2956.pdf>, citado 27 may 12]. El informe se muestra demasiado prudente políticamente y apenas indaga acerca de las causas que en los sectores analizados. De este modo, obvia las políticas realizadas por las fuerzas de la coalición y sus consecuencias en el proceso de reconstrucción de Iraq.

<sup>178</sup> OIT (2004): “International employment Conference on Iraq adopts Plan and Declaration on combating massive unemployed” [en línea en [http://www.ilo.org/global/About\\_the\\_ILO/Media\\_and\\_public\\_information/I-News/lang--en/WCMS\\_005136/index.htm](http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/I-News/lang--en/WCMS_005136/index.htm), citado 27 may 12].

<sup>179</sup> Doc. cit. IIDH (2004): “Dictamen del Tribunal Internacional sobre Iraq, Sesión de Barcelona 22-24 de mayo de 2004”: 7 [en línea en <http://www.idhc.org/esp/documents/DictamenIraq.pdf>, citado 27 may 12].

<sup>180</sup> No existe unanimidad entre los diversos ministerios sobre las cifras de paro en Iraq y las estimaciones oscilan entre un 25 % y un 48 %. La evolución de estos datos desde mayo de 2003 hasta mayo de 2007 pueden encontrarse en O’Hanlon, Campbell, 2008.

para un puesto puede haber de 400 a 700 candidatos. Los salarios, por otro lado, son muy bajos y apenas permiten a la gente, si acaso, cubrir necesidades muy básicas”<sup>181</sup>.

Esta competitividad incrementa el clientelismo. El ACNUR constata este fenómeno, indicando que una recomendación de un partido religioso o político a favor de los repatriados puede ser útil para evitar la discriminación en el mercado laboral. Además, Joseph E. Stiglitz y Linda J. Bilmes sugieren que esta situación podría nutrir las bases de las milicias insurgentes: “La incapacidad de proporcionar empleo e ingresos ha despojado, con razón, al Gobierno respaldado por Estados Unidos del poco apoyo de que gozaba. Y peor aún, hemos creado una combinación explosiva de altas tasas de hombre de paro entre dieciocho y treinta y cinco años de edad y con un fácil acceso a las armas”<sup>182</sup>.

Concluyendo, este fenómeno manifiesta el desgobierno existente y el alarmante incremento de la percepción de la corrupción<sup>183</sup> (puesto 178 en el *ranking* mundial). Atendiendo al análisis establecido acerca del desempleo existente en Iraq, si el gobierno es incapaz de fomentar la creación de puestos de trabajo, como mínimo debería proporcionar prestaciones por desempleo a todos los parados. Se considera probado que se han vulnerado los artículos (1 y 2 respecto al clientelismo) y el artículo 22, artículo 23 (apartados a, b, c y d) y colateralmente los artículos 24 y 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En la parte I del PIDCP se ha vulnerado el artículo 1 (apartados 2 y 3), teniendo en cuenta que la privatización de recursos naturales empobrece al Estado iraquí. Los efectos secundarios pueden aumentar las tasas de paro y disminuir los ingresos estatales necesarios para pagar subsidios por desempleo e invertir en políticas que generen empleo. A su vez, se ha vulnerado en la parte II el artículo 2 (apartado 1 y 2), 3, 4 y 5 (apartado 1), y en la parte III, el artículo 25 (apartado c), que afecta a 500 000 funcionarios que perdieron el empleo por el proceso de ilegalización del partido Ba’az —promulgado por Paul Bremer—, y en referencia al aspecto del clientelismo los artículos 26 y 27.

Se aprecia una tendencia que proyecta un predominio del mercado ilegal, o economía sumergida, frente a la economía de libre mercado. El contexto de una “economía de guerra” fomenta el incremento de estas prácticas ya que reportan mayores beneficios. Estas prácticas agravan el progresivo deterioro de la sociedad iraquí. La APC liberó 19 600 millones de dólares, el 90 % de los cuales provenía del FDI, creado por el CS de las Naciones Unidas. En este sentido, Global Policy Forum recalca que los auditores descubrieron que, de la mayoría de los contratos adjudicados con dinero del FDI en 2003, el 74 % fue a parar a empresas estadounidenses; el 11 % fue a empresas británicas y solo un 2 % a empresas iraquíes. No menos del 60 % fue a parar al consorcio estadounidense Halliburton mediante contratos abusivos otorgados sin licitación<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> ACNUR (2004): “Información de país de origen Iraq”: 7-8 [en línea en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2956.pdf>, citado 27 may 12].

<sup>182</sup> *Op. cit.* Stiglitz, Bilmes, 2008: 169.

<sup>183</sup> 2007 Corruption Perception Index.

<sup>184</sup> Global Policy Forum (2007): “Guerra y Ocupación en Iraq. Capítulo 9. Corrupción, fraude y delitos económicos”, IraqSolidaridad [en línea en <http://www.iraqsolidaridad.org/>, citado 27 may 12]. Porcentajes

En ocasiones se establecen vínculos entre las empresas transnacionales y las redes de delincuencia transnacional organizada. Elementos característicos de la delincuencia transnacional organizada empiezan a utilizarse por parte de las empresas transnacionales, como tráfico ilícito de armas, falsificaciones, fármacos, órganos, explotación infantil, financiación, en definitiva actividades ilícitas. Parte del problema se deriva de las sucesivas subcontrataciones realizadas por las empresas transnacionales. El caso del traficante de armas más buscado en Estados Unidos, Victor Bout, expuesto por el Profesor Moisés Naím resulta clarificador, “En 2004, sus empresas, y otras sospechosamente vinculadas a él, aparecían en los registros de los aeropuertos iraquíes, subcontratadas y sub-subcontratadas por empresas estadounidenses que proporcionaban apoyo logístico al ejército de su país y a las autoridades de ocupación”<sup>185</sup>. Dentro de este campo se han observado la introducción en Iraq de armamento falsificado. El propio autor señalaba que en 2004, el general Kaláshnikov demandó a Estados Unidos por haber adquirido fusiles AK-47 pirateados para equipar a la policía iraquí<sup>186</sup>. Puede afirmarse que en el caso de Iraq el precio del armamento responde a las leyes del libre mercado. La ONG *Small Arms Surveys* lo reflejaba nítidamente en su informe de 2007:

En Iraq, la demanda está sobrepasando la oferta, y los precios han alcanzado niveles astronómicos. En general, la población quiere comprar Kalashnikovs para mantenerse a salvo de la inseguridad, el crimen o el conflicto. En Iraq, se adquieren por las tres razones, y por ende los precios se encuentran en niveles atípicamente altos, incluso para una zona en guerra. Un rifle AK-47 básico con culata de madera se conseguía en 2006 por entre USD 400 y 800, en comparación al precio en 2003, que estaba entre USD 80 y 150<sup>187</sup>.

El embajador Hamid Al Bayatis, confirmaba el protagonismo del Estado para erradicar la proliferación del tráfico de armas al afirmar que las armas pequeñas y ligeras constituyen la fuente principal del terrorismo, debido a que son fáciles de llevar, usar y transferir. Los gobiernos son los actores principales en la prevención de este comercio ilícito<sup>188</sup>.

---

extraídos de Open Society Institute (2004): “Disorder, negligence and mismanagement: how the CPA handled Iraq reconstruction funds”, Iraq Revenue Watch, informe 7: 2.

<sup>185</sup> Moisés Naím (2006): *Ilícito. Como traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*, Barcelona: Editorial Debate: 72; cfr. Christian Miller, Stephen Braun y Judy Pastemak (2004, 14 dic): “Blacklisted russian tied to Iraq deals”, *Los Angeles Times* [en línea en <http://articles.latimes.com/2004/dec/14/world/fg-bout14>, citado 27 may 12].

<sup>186</sup> Cfr. *op. cit.* Moisés Naím, 2006:142. Asimismo, el profesor Moisés Naím cita esta fuente en la que se puede ampliar información: Chivers (2004, 26 jul): “Who’s a pirate? Russia points back at the U.S.”, *New York Times* [en línea en <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9C00E1DF153DF935A15754C0A9629C8B63&sec=&spon=&pagewanted=all>, citado 27 may 12].

<sup>187</sup> Graduate Institute of International Studies (2007): “El precio de una Kalashnikov. La economía de las armas” en *Small Arms Survey 2007*, Cambridge: Cambridge University Press [en línea en <http://www.smallarmssurvey.org/publications/by-type/yearbook/small-arms-survey-2007.html>, citado 27 may 12].

<sup>188</sup> Hamid Al Bayatis (2006): “Statement of the Republic of Iraq to the United Nations Conference to Review Progress Made in the implementation of the Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in all its aspects delivered by H.E. ambassador Hamid Al Bayati per-

También se ha detectado un aumento del tráfico ilegal de fármacos. Algunas entrevistas de Dahr Jamail explican la realidad del sistema sanitario iraquí, así: “El Sr. Juburi añadió que las medicinas que Iraq está recibiendo de otros países normalmente están caducadas y fabricadas con materias no sujetas a regulación, otra complicación que se añade a la carencia de medicinas”<sup>189</sup>. El doctor destaca que los fármacos que no se suministran en los hospitales pueden encontrarse fácilmente en el mercado. En la entrevista realizada por Dahr Jamail a Daalm Shadid, residente en Bagdad, dijo que por esta razón crece el contrabando y mercado negro. Los desastres del conflicto bélico ha disparado la demanda de medicinas en Iraq. La pésima distribución del sistema sanitario puede provocar la aparición de redes de delincuencia transnacional organizada especializadas en fármacos falsificados. Sus características las describe elocuentemente Moisés Naím: “El comercio de medicamentos falsificados está muy bien organizado y su cadena de producción alcanza proporciones auténticamente globales, comparables a las mayores y más modernas empresas multinacionales”, matizando que, “en todos estos negocios, la complicidad de funcionarios públicos y altos mandos militares no solo resulta evidente, sino también indispensable”<sup>190</sup>.

El tema de la financiación y la falta de transparencia observada en Iraq conduce irremediabilmente a la concurrencia de tres actores: empresas transnacionales, redes de delincuencia transnacional organizada y organizaciones terroristas locales e internacionales. El elemento común es el uso de circuitos ilegales para obtener beneficios y blanqueo de capitales. En este sentido el juez Baltasar Garzon exponía: “Para llevarlos a cabo, los terroristas generalmente no buscan financiación externa sino que acuden a los mecanismos de la delincuencia organizada para autofinanciarse. Usarán estos métodos mientras los ayuden a conseguir los recursos que necesitan para lanzar sus ataques. [...] Entonces, el punto capital de la conexión entre terrorismo y delincuencia organizada es la financiación”<sup>191</sup>.

En el caso de Iraq se comprueba que la relación abarca a las empresas transnacionales. Es necesario matizar la no aplicación del derecho interno de Estados Unidos en territorio extrajurisdiccional, en referencia a la Ley patriota de Estados Unidos<sup>192</sup> (título III, subtítulos A, B y C). El FMI señala al respecto: “La ley confiere a las autoridades federales atribuciones más amplias para vigilar e interceptar comunicaciones, y otorga al Secretario del Tesoro facultades reguladoras tendentes a combatir la corrupción de instituciones financieras estadounidenses con fines de lavado de dinero del

---

manent representative of Iraq to the United Nations”, CINU [en línea en [http://www.cinu.org.mx/armas2006/pdfs/Discrusos\\_escritos/060628\\_iraq.pdf](http://www.cinu.org.mx/armas2006/pdfs/Discrusos_escritos/060628_iraq.pdf), citado 27 may 12].

<sup>189</sup> *Op. cit.* Dahr Jamail, 2005: 22.

<sup>190</sup> *Op. cit.* Moisés Naím, 2006: 32 y 160.

<sup>191</sup> Baltasar Garzón Real (2005): “Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. Comisión Especial sobre Delincuencia Organizada Transnacional” [en línea en [http://scm.oas.org/doc\\_public/SPANISH/HIST\\_05/CP15472S04.doc](http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_05/CP15472S04.doc), citado 27 may 12].

<sup>192</sup> Senado de Estados Unidos (2001): “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA Patriot Act). Act of 2001”, 170.º Congreso, primera session, 24 de octubre de 2001 [en línea en <http://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.pdf>, citado 27 may 12].



exterior”<sup>193</sup>. La vulneración sistemática de esta ley es debida a la inexistencia de un organismo independiente que controle la gestión de la reconstrucción económica de Iraq y esto permite la financiación y el blanqueo de dinero de los grupos terroristas y el desfaldo del propio Estado y las empresas transnacionales.

Respecto al tráfico de órganos, la Red de Observación de los Derechos Humanos exponía: “Los cuadros médicos militares estadounidenses extirpan órganos y partes del cuerpo de prisioneros heridos antes de asesinarles, así como de prisioneros sentenciados a muerte. Esas partes del cuerpo se venden a través de una red bien organizada en EE. UU. Muchos cuerpos de las víctimas asesinadas por las fuerzas estadounidenses carecían de órganos. Curiosamente, los informes médicos certifican la muerte por causas naturales”<sup>194</sup>.

La conclusión de la obra de Moisés Naím y de Roberto Saviano<sup>195</sup> es la dificultad de combatir estas redes de delincuencia transnacional organizada cuando se establecen en un país. La presencia de delincuencia transnacional organizada puede ejemplificarse en el alarmante aumento de consumo de estupefacientes. Como se ha observado en el informe presentado por la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), la producción o comercio de estupefacientes aumenta en aquellas zonas donde hay problemas graves de seguridad. Por tanto, Iraq puede convertirse en un auténtico “caldo de cultivo”. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) advertía que, en el Afganistán se concentra el 82 % del cultivo mundial de adormidera<sup>196</sup>, cubriendo así el 93 % de la oferta mundial de opiáceos. En su informe presentado en el 2007, la JIFE exponía:

Hasta hace poco tiempo Iraq se había utilizado como zona de tránsito del contrabando de heroína procedente de Afganistán a través de la República Islámica del Irán hacia Arabia Saudita y otros países de la región del Golfo Pérsico. El tráfico ilícito de drogas y el peligro de cultivo ilícito de adormidera han ido aumentando en algunas zonas donde hay problemas graves de seguridad. Aunque falta información oficial, al parecer el abuso de drogas ha aumentado espectacularmente en Iraq, incluso entre los niños de familias relativamente acomodadas<sup>197</sup>.

En este mismo sentido la ONG *Stop the Drug War*, establecía, aunque sea difícil conseguir cifras, que funcionarios iraquíes dijeron que “el tráfico de opiáceos ilegales

---

<sup>193</sup> Departamento Jurídico del FMI (2003): “Cumplimiento de las pautas y normas internacionales a través de la legislación interna”, FMI [en línea en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/SFTH/esl/pdf/chp3.pdf>, citado 27 may 12].

<sup>194</sup> Red de Observación de los Derechos Humanos en Iraq (2005): “Evaluación de la violación de los derechos humanos en Iraq bajo la ocupación”, informe 1, 20 de agosto de 2005, IraqSolidaridad: 14 [en línea en <http://www.iraqsolidaridad.org/2004-2005/docs/mhri-1-es.pdf>, citado 27 may 12].

<sup>195</sup> Roberto Saviano (2008): *Gomorra. Un viaje al imperio económico y al sueño de poder de la Camorra*, Barcelona: Editorial Debate.

<sup>196</sup> ONUDD (2008): “Informe mundial sobre las drogas 2008” [en línea en [http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR\\_2008/wdr08\\_execsum\\_spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2008/wdr08_execsum_spanish.pdf), citado 27 may 12].

<sup>197</sup> JIFE (2008): “Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2007”, Naciones Unidas: 102 [en línea en <http://www.incb.org/pdf/annual-report/2007/es/annual-report-2007.pdf>, citado 27 may 12].



les, cannabis y pastillas ha aumentado con firmeza desde la invasión estadounidense en 2003”<sup>198</sup> La Red de Observación de los Derechos Humanos en Iraq estipula un aumento considerable de estas cifras expuestas previamente: “La Oficina Nacional de Control de Drogas informó de un incremento en el narcotráfico, siendo Bagdad y Kerbala las ciudades con el mayor tráfico de drogas. Previamente, Iraq era considerado únicamente un corredor para el tráfico de drogas, pero ahora se le considera un país consumidor, con dos millones de adictos, entre ellos 780 000 escolares y estudiantes universitarios”<sup>199</sup>.

Se ha observado que la población iraquí se desarrolla dentro de una “economía de guerra”. El profesor Albert Galinsoga Jordà contextualizaba el concepto del siguiente modo: “Tanto las situaciones anteriores a la “economía de guerra”, como aquellas que se suscitan tras el fin del conflicto, señalan la debilidad, la disfuncionalidad y la incapacidad efectiva de las instituciones públicas. La ausencia de un sistema nacional adecuado para fiscalizar la producción, exportación e importación de armas, así como a la falta de preparación o la corrupción del personal de fronteras y aduanas es una de las razones que se hallan en el inicio de su proliferación incontrolada”<sup>200</sup>. Estas premisas también son aplicables al tráfico ilícito de estupefacientes, y a su vez, a sectores en el que las empresas actúan generando una “economía de rapiña”. En el caso de Iraq, la falta de preparación o la corrupción de los funcionarios aumentaron de forma extraordinaria con las reformas introducidas por la APC administrada por la interposita persona de Paul Bremer<sup>201</sup>.

La conclusión final de este apartado consiste en la creación de un ilusionismo económico que ha comportado el progresivo endeudamiento de los Estados iraquí y norteamericano a través de sus respectivos bancos centrales, lo que comporta el endeudamiento generalizado de su poblaciones y, en contraposición, un auge de la economía sumergida encabezada por las redes de delincuencia transnacional organizada y la participación en ese mercado ilícito de las empresas transnacionales mediante las subcontrataciones. Las empresas transnacionales son las máximas beneficiarias del presente conflicto bélico. Siempre ganan y el Estado siempre pierde. Desde que las empresas transnacionales consiguen una licitación obtienen beneficios y nunca pierden dinero. Si realizan el proyecto ganan; si no lo realizan, no se les exige responsabilidades —o estas son mínimas—; si surgen contratiempos por causa de la guerra asimétrica, el seguro cubre los gastos (y la empresa aseguradora está avalada por el USAID, TBI, BCI o el propio Estado norteamericano).

---

<sup>198</sup> Stop the Drug War (2008): “Oriente Medio: Iraq se convierte en conducto fundamental para narcotráfico mundial” [en línea en <http://stopthedrugwar.org/print/13339>, citado 27 may 12].

<sup>199</sup> Doc. cit. Red de Observación de los Derechos Humanos en Iraq (2005): “Evaluación de la violación de los Derechos Humanos en Iraq bajo la ocupación”, informe 1, 20 de agosto de 2005, IraqSolidaridad.

<sup>200</sup> Op. cit. Albert Galinsoga Jordà, 2002: 100.

<sup>201</sup> Cfr. Open Society Institute (2003): “Iraq’s first public budget”, Iraq Revenue Watch, informe 1. Para observar el currículum del autor, cfr. CSCA web (2003): “El “Procónsul” Bremer: administrar Iraq como una empresa privada”, Nota informativa CSCA web.

## V. Conclusiones

La perspectiva militar ha permitido distinguir las víctimas provocadas por la guerra simétrica y la asimétrica en la población iraquí. En la perspectiva política se ha observado que el conjunto de medidas jurídicas emitidas por la APC han contribuido a la creación de un Estado hueco y un desgobierno generalizado cuyo legado ha perdurado hasta la actualidad. En la perspectiva económica se ha podido constatar que la transición de una autarquía económica a una economía de mercado, de rasgos neoliberales, ha concluido con la instauración de una sinarquía.

Las tres perspectivas han propiciado una visión holística del conflicto bélico en Iraq. En el plano metodológico se ha percibido la ausencia de instrumentos eficaces que midan correctamente el número de víctimas durante el transcurso de la guerra. No obstante, las estimaciones permiten comprobar la vulneración sistemática los derechos humanos y el constante deterioro de la sociedad civil en todos los campos.

La ausencia real de un Estado ha sido suplida por la presencia fundamental de tres tipos de actores: Las ONG, la delincuencia transnacional organizada y las empresas transnacionales. El impacto de estos tres actores ha sido desigual sobre la población civil iraquí. Los efectos más devastadores recaerían sobre las empresas transnacionales y la delincuencia transnacional organizada, que han contribuido al subdesarrollo del Estado y al incremento de la necrosis social iraquí. La célebre frase que espetó James Baker<sup>202</sup>, secretario de la Administración Bush padre, a su homólogo iraquí Tareq Asís durante su encuentro celebrado a puerta cerrada en Ginebra, pocas horas antes del inicio de la intervención de 1991: "Vamos a devolver Iraq a la era preindustrial", se convertiría en 2008 en una realidad.

No queda claro que el Estado de Iraq vuelva al grado de desarrollo conseguido en los años setenta. Quizás el proceso emprendido el 20 de marzo de 2003 sea irreversible. Lo cierto es que resulta imprescindible la creación de un Estado fuerte y democrático, por parte de la sociedad iraquí. La ausencia de periodistas, convertidos en objetivo militar durante la guerra asimétrica, ha fomentado la impunidad, el fraude y la malversación de las ayudas económicas en el proceso de reconstrucción que han pasado a engrosar el beneficio de las empresas transnacionales. El progresivo endeudamiento de Estados Unidos ha podido contribuir, en cierto grado, a la crisis financiera mundial iniciada a finales de 2008.

---

<sup>202</sup> Varea (2007): "Presentación: un honorable funcionario" en Hans-Cristophe von Sponeck: *Autopsia de Iraq. Las sanciones: otra forma de guerra*, Madrid: Ediciones del oriente y del mediterráneo: 21-22.

# **La tortura y los tratos inhumanos en el conflicto iraquí**

**FERNANDO M. MARIÑO MENÉNDEZ**

**Catedrático de Derecho Internacional Público**

**Universidad Carlos III de Madrid**

**Miembro del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas**

SUMARIO: I.Introducción. II. Los intentos de legitimación de un nuevo uso internacional “antiterrorista” de la fuerza armada. III. Los intentos de legitimar el recurso “antiterrorista” a la derogación del Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario. IV. Prácticas internacionales antiterroristas contrarias al Derecho Internacional. V. Cuestiones relacionadas con la utilización y prevención de la tortura: el segundo informe de Estados Unidos al Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas. VI. El Derecho Internacional en materia de acción antiterrorista. VII. Conclusiones.

## **I. Introducción**

El Gobierno del presidente Barack Obama de Estados Unidos, elegido como se sabe en noviembre de 2008, no ha logrado todavía el cierre rápido y definitivo de la prisión de Guantánamo, a pesar de sus promesas realizadas públicamente en ese sentido. Algunos de los presos allí restantes están siendo finalmente objeto de traslado a diferentes países europeos, entre ellos España. Otros permanecen en prisión, sin que su destino final haya sido aún decidido. Si bien, para estos, el maltrato o tortura puramente físicos han sido desterrados, no puede decirse lo mismo de la tortura o

maltrato psicológico. Tampoco parece estar aún decidido el modo en que los presuntos terroristas finalmente acusados formalmente, vayan a ser juzgados<sup>1</sup>.

Esta situación muestra hasta qué punto el atentado terrorista, llevado a cabo por Al Qaeda el 11 de septiembre de 2001 contra diferentes objetivos en Estados Unidos y que ocasionó casi tres mil muertos, provocó una reacción de los poderes constitucionales, de las autoridades en general, de las fuerzas políticas y de la opinión pública norteamericanos, que ha conducido a que los gobernantes de una gran democracia haya decidido violar gravemente principios y normas consideradas inderogables por la Comunidad Internacional y, por lo que se refiere a ciertos círculos, a defender tal violación con tenacidad.

La acción internacionalmente organizada contra los actos de terrorismo y sus perpetradores tiene una historia cuyos inicios se atisban más específicamente en la década de 1960; a partir de entonces y hasta nuestros días una serie de tratados internacionales, actualmente en número de trece, han ido siendo aprobados por la Comunidad Internacional con la finalidad de imponer a los Estados obligaciones de prevención y represión de diferentes formas de terrorismo, incluyendo la cooperación para luchar contra la impunidad de sus responsables<sup>2</sup>. Pero, por razones obvias, la acción internacional para prevenir y reprimir el terrorismo iba a recibir un impulso más vigoroso desde los atentados de 2001.

Si bien no es necesario aquí presentar una crónica de los acontecimientos que han tenido lugar desde entonces sí cabe, al hilo de los principales, reflexionar brevemente, desde el Derecho Internacional, sobre los dilemas que surgieron para las políticas y acciones internas e internacionales antiterroristas emprendidas, debido a las contradicciones nacidas entre estas y las obligaciones impuestas por normas y principios jurídicos internacionales, a todos los Estados.

Las políticas, decisiones y acciones del Gobierno del presidente George Bush de Estados Unidos y cuantas otras fueron determinadas por ellas<sup>3</sup>, constituyen desde luego el eje de cualquier análisis que tenga como punto especial de atención las tentativas actuales de legitimar internacionalmente la práctica de la tortura o de determinadas formas suyas.

---

<sup>1</sup> El Gobierno del presidente Obama aún no ha decidido (enero de 2010) si algunos de los presos de Guantánamo serán juzgados por tribunales civiles ordinarios o serán mantenidos bajo la jurisdicción militar.

<sup>2</sup> Sobre el delito de terrorismo marítimo cfr. José M. Sobrino Heredia (2009): "Piratería y terrorismo en el mar" en Francisco J. Quel López: *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2008*, Bilbao: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial. Bilbao: 84-147.

<sup>3</sup> A modo de única remisión a implicaciones de terceros países (muy numerosas) en la situación de Guantánamo véanse las establecidas por la sentencia del Tribunal británico de Apelación de 10 de febrero de 2010 (sentencia aclarada por un auto de 26 de febrero de 2010) sobre la implicación de los servicios de inteligencia británicos en un caso de torturas en Guantánamo (caso Binyam Mohamed) [en línea en <http://minilink.es/15n>, citado 27 may 12].

## II. De los intentos de legitimación de un nuevo uso internacional ‘antiterrorista’ de la fuerza armada

Los atentados terroristas de raíz fundamentalista islamista tienen diferentes características bien analizadas por los teóricos<sup>4</sup>. Con referencia a la acción del grupo terrorista paradigmático, Al Qaeda, se ha destacado en particular que, en sus inicios, después de haber desarrollado una actividad de modo autónomo, pasó a una segunda época en la que llevó a cabo los atentados del 11 de septiembre de 2001: en este caso y otros posteriores y análogos, habría contado con la aquiescencia del régimen talibán de Afganistán, lo que a su vez habría legitimado de acuerdo con el Derecho Internacional, el uso internacional de la fuerza armada, que derrocó a dicho régimen, utilizada por Estados Unidos y una coalición de países aliados<sup>5</sup>.

En cambio, el uso de la fuerza armada por los propios Estados Unidos y sus aliados, sin autorización del CS de las Naciones Unidas, para derrocar al régimen represor de Sadam Huseín intentó justificarse también con el mismo argumento de la aquiescencia de este a la acción terrorista de Al Qaeda. Pero al no existir ese vínculo la razón resultó ser falsa. Al igual que resultó ser falsa la otra justificación principal utilizada a favor de la intervención armada: la posesión por Sadam Huseín de armas de destrucción en masa cuyo empleo contra Occidente era verosímil. La acción posterior de Naciones Unidas se limitó a gestionar la situación derivada del conflicto sin haberlo legitimado.

En una tercera fase, tras la finalización del conflicto armado en Iraq y dentro de un nuevo marco jurídico y político propio de la acción armada en Afganistán, Al Qaeda y sus diferentes secciones, divisiones o afines, habrían adoptado una estructura en red la cual permitirá acciones terroristas separadas y autónomas cuya vinculación con una hipotética dirección terrorista “central” podría existir de modo más o menos directo o remoto.

En la situación actual del Derecho Internacional y del consenso de la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto no cabe afirmar que, para luchas contra el terrorismo internacional, se haya formado una nueva norma de Derecho Internacional general que permita un uso de la fuerza decidido y aplicado unilateralmente por un

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, cfr. el trabajo de síntesis de Pablo Pareja Alcaraz (2008): “El nuevo terrorismo internacional: características, factores explicativos y exigencias” en Caterina García y Ángel J. Rodrigo (eds.): *La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*, Barcelona: Editorial Tecnos: 57-71.

<sup>5</sup> Notoriamente sobre la base legal prestada por la Resolución de la AG. 49/60, de 9 de diciembre de 1994, sobre las medidas para eliminar el terrorismo internacional, en la que se establece un esbozo de definición del terrorismo internacional. Sanciones contra el régimen talibán de Afganistán fueron impuestas en diferentes ocasiones por el CS de Naciones Unidas, por su complicidad y apoyo a la actividad terrorista, comenzando por la Resolución 1267, de 15 de octubre de 1999, sobre las sanciones ampliadas luego contra Al Qaeda, y en especial por la Resolución 1333 (2000), de 19 de diciembre de 2000. La Resolución 1368 (2001), de 12 de septiembre de 2001, fundaría la acción armada internacional contra el régimen talibán afirmando el reconocimiento del “derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de Naciones Unidas” frente a los atentados del 11 de septiembre a los que calificaba de “amenazas a la paz y a la seguridad de las naciones”. El 8 de septiembre de 2006 la AG adoptó la Resolución 60/288 que aprobó la estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo, base general de la actividad posterior.

Estado o un grupo de Estados o una organización internacional, sin autorización previa del CS de las Naciones Unidas y que no haya sido realizado en legítima defensa<sup>6</sup>.

No existe, en Derecho Internacional, un tipo de guerra o conflicto armado cuya calificación de *antiterrorista* permita considerarlo diferente de los demás conflictos armados, internos o internacionales, que sí tienen cabida en el Derecho Internacional relativo al uso de la fuerza y más particularmente dentro del Derecho Internacional humanitario. La calificación de un conflicto armado como asimétrico permite quizá discutir la vigencia en su caso de determinadas reglas de derecho humanitario, sin embargo entre las reglas puestas razonablemente en discusión no se encuentra en ningún caso la que establece la prohibición de la tortura.

Por otro lado, las acciones armadas antiterroristas *short of war*, que pudieran ser considerados usos menores de la fuerza, también están efectivamente prohibidas si pertenecen al ámbito de las represalias armadas y no pueden ser integradas en acciones de legítima defensa. Como quiera que sea, la justificación de un uso internacional de la fuerza armada por medio de la denominada *legítima defensa preventiva*, no cobra cuerpo sino como una hipertrofiada extensión, fuera del Derecho Internacional en vigor y en contra de él, de la noción de necesidad que se aplicaría como justificadora de la fuerza armada en casos de hipotético grave peligro para la seguridad del Estado o Estados en cuestión. La extensión política, injustificable en Derecho Internacional, de la legitimidad a cualquier medida estimada necesaria para proteger la seguridad del Estado es la que ha conducido a Estados Unidos a derogar normas bien consolidadas de Derecho Internacional y a dictar otras nuevas para la lucha antiterrorista, en defensa de su seguridad frente a un enemigo considerado de naturaleza nueva. La norma que prohíbe la tortura es, como se ha señalado, una de las normas la generalidad de cuya vigencia más ha podido sufrir.

### **III. Los intentos de legitimar el recurso ‘antiterrorista’ a la derogación del Derecho Internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario**

No están en vigor en Derecho Internacional general muchas normas a las que quepa considerar de modo indiscutido como imperativas. Sin embargo unas pocas si son universalmente admitidas. Así, por ejemplo la que prohíbe la agresión armada. Y, en lo que aquí nos importa, la que prohíbe la tortura<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Como un último ejemplo, cfr. R. Kolb (2009): *Jus contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, Basilea (Bruselas): Helbing Lichtenhahn-Bruylant. Esta obra resume adecuadamente, de modo sintético, los supuestos de uso internacionalmente lícito de la fuerza armada.

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión he reflexionado en estos dos trabajos Fernando M. Mariño Menéndez (2005): “En torno a la prohibición internacional de la tortura” en José C. Fernández Rozas et al.: *Pacis Artes. Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, II vol., Madrid: Editer Publicaciones, vol. I: 401-418; Fernando M. Mariño Menéndez (2005): “Los límites de la noción formal de orden público internacional” en Alejandro J. Rodríguez Carrión y Elisa Pérez Vera (coords.): *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, II vol., Sevilla: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, vol. II: 825-832.

Estados Unidos ha realizado un intento de legitimar política y jurídicamente ciertas formas de tortura, cuando y porque se utilicen para luchar o actuar contra el terrorismo. El conjunto de razones jurídicas y políticas utilizadas para apoyar tal tesis pueden resumirse del modo siguiente, por lo demás bien conocido y expuesto ampliamente por la doctrina más competente.

En primer lugar, aún afirmando que la lucha antiterrorista constituye una guerra, se ha sostenido que, es una guerra (calificada a veces de *guerra global*) de características especiales por lo que las normas del Derecho Internacional humanitario serían total o parcialmente inaplicables durante su desarrollo. Naturalmente los enemigos, presuntos terroristas, capturados o no en un campo de batalla (que exige el marco de, o la relación directa con, operaciones armadas efectivas), serían calificables de *combatientes enemigos ilegales* porque no estarían cumpliendo con las normas de un combatiente legal: precisamente las normas del derecho humanitario. Al ser calificados de *combatientes enemigos ilegales* no sería obligatorio para los Estados (aún admitiéndose que se estuviera en presencia de un conflicto armado internacional) considerarlos prisioneros de guerra, según la tercera Convención de Ginebra de 1949, ni otorgarles el trato internacionalmente obligatorio establecido para estos. La decisión de qué personas serían calificables de *combatientes enemigos ilegales* y de qué normas de derecho humanitario dejarían de serles aplicables le correspondería al Gobierno del país atacado, es decir a los Estados Unidos.

En segundo lugar, el marco jurídico internacional de las acciones (armadas o no) antiterroristas sería el Derecho Internacional humanitario, pero un marco unilateralmente adaptado a las exigencias de la seguridad nacional por medio de decisiones del presidente de Estados Unidos (y, según los casos, de los diferentes ministros del Gobierno y de los competentes jefes militares).

Esa adaptación por el Ejecutivo se podría realizar sin violar la Constitución de Estados Unidos gracias a la autorización genérica, para actuar en cualquier sentido que considerara necesario, otorgada al presidente (jefe supremo de las Fuerzas Armadas) por el propio poder legislativo estadounidense y a una extensiva interpretación de la legislación interna sobre los “poderes de guerra del presidente”<sup>8</sup>. El 18 de septiembre de 2001 Congreso y Senado adoptaron conjuntamente una resolución, la Ley pública 107-40 sobre la autorización para el uso de las fuerzas armadas (Public Law 107-40 Authorization for use of military force) establecida como compatible con la War Powers Resolution.

En su sección II establece: “the president is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons, he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorists attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts

---

<sup>8</sup> La Ley patriota de Estados Unidos (USA Patriot Act) fue aprobada el 24 de octubre de 2001 modificando hasta 15 leyes en vigor. La ley amplió de modo muy importante las competencias del poder ejecutivo para realizar tareas de espionaje y vigilancia, incluyendo renovados poderes de la Fiscalía para detener de por un plazo indefinido a cualquier extranjero sospechoso de terrorismo. El 9 de marzo de 2006 el presidente Bush firmó la USA Patriot Authorization Act prorrogando la ley original por cuatro años con limitaciones respecto a los artículos 206 y 215 sobre poderes de registro y de “escuchas errantes”.



of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons”

En cambio, del indicado marco jurídico internacional aplicable se excluirían a priori otras normas, en particular las normas generales del Derecho Internacional y las grandes convenciones sobre protección de derechos humanos, que se consideran así aplicables solo en tiempo de paz y, en cualquier caso, no en una guerra global contra el terrorismo. Dicho de otra manera: la *lex specialis* del derecho humanitario excluiría la *lex generalis* protectora de los derechos humanos que pretendería en vano ser aplicable en todo tiempo y ocasión.

En tercer lugar, las normas generales del Derecho Internacional humanitario, válidas para toda clase de conflicto armado serían también unilateralmente adaptadas o excluidas en el caso antiterrorista. En particular las normas del artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, las del artículo 75 del protocolo I anexo a dichas convenciones, así como otros principios y normas dictadas por “la razón y la humanidad” (según la expresión de la cláusula Martens).

En cuarto lugar, quedaba como un último control del sometimiento a derecho de la acciones antiterroristas de Estados Unidos, la posibilidad de una o varias decisiones del Tribunal Supremo de Estados Unidos, máximo y definitivo intérprete de la Constitución y, por ello, de la exigibilidad y regularidad de la aplicación en Estados Unidos del Derecho Internacional general y convencional vigente en la materia. Si bien es conocido el privilegio del Tribunal Supremo de rechazar *in limine* cualquier recurso, sin tener que justificar su rechazo más que aduciendo razones de inoportunidad<sup>9</sup> o derivadas de la irrelevancia del caso, lo cierto es que cierta jurisprudencia suya, dictada tardíamente pero todavía en el contexto del conflicto de Iraq, ha logrado reconducir a derecho alguna prácticas más aberrantes relacionadas con el ámbito que nos ocupa aquí: la exclusión de la prohibición completa de la tortura<sup>10</sup>.

#### IV. Prácticas internacionales antiterroristas contrarias al Derecho Internacional

Son bien conocidos los acontecimientos y situaciones producidas en los años posteriores a 2001, dentro de la comunidad internacional, tras las reacciones que condujeron a la guerra antiterrorista.

---

<sup>9</sup> La inadmisión, en octubre de 2008, de la reclamación civil del ciudadano alemán Khaled El Masri (detenido por error ilegalmente por la CIA, y objeto de una *extraordinary rendition* a un tercer país donde fue torturado hasta su liberación) expresa tanto, la enorme discrecionalidad de las decisiones del Tribunal, cuanto su aceptación práctica de un principio de respeto a las decisiones del poder ejecutivo “en caso de que se ponga en peligro la seguridad del Estado” por ejemplo por informaciones o revelaciones que podrían ser públicamente conocidas en el procedimiento.

<sup>10</sup> Entre 2003 y 2008 el Tribunal Supremo adoptó varias importantes sentencias en contra de la política seguida por el Gobierno de Bush en relación con los detenidos en Guantánamo. En la de 29 de junio de 2006 (caso sobre Hamdan contra Rumsfeldt *et al.*) estableció la aplicabilidad a los allí detenidos del artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra. En sentencia de 12 de junio 2008 (caso sobre Boumediene *et al.* contra Bush *et al.*) estableció que la detención en esa prisión era recurrible ante tribunales federales civiles.

En primer lugar, se originó la práctica de que, fuera de una situación de enfrentamiento armado directo, diferentes “sospechosos” fueran detenidos arbitrariamente en países extranjeros por agentes de Estados Unidos o, en otros casos, por sus propios aliados quienes hicieron entrega de ellos a este país. Las detenciones se produjeron, no ya sin autorización judicial, sino en diferentes ocasiones sin autorización de las autoridades territoriales y por ello, en violación de su jurisdicción territorial soberana y sin posibilidad de recurso alguno. Tales detenidos arbitrariamente fueron trasladados a diferentes prisiones bajo jurisdicción de Estados Unidos. Esas prisiones se han localizado en distintos lugares: territorio de Iraq (prisión de Abu Grahīb<sup>11</sup>, etc.), Afganistán (prisión de Bagram<sup>12</sup>, etc.) y en otros lugares concretos o indeterminados (Isla de Diego García, barcos en alta mar). Y, ciertamente en el caso considerado paradigmático: en la prisión de Guantánamo<sup>13</sup>.

En segundo lugar, es destacable el recurso a otras prácticas contrarias al Derecho Internacional de los derechos humanos. En particular es notable el sometimiento a prisión de “sospechosos” de terrorismo en lugares secretos de detención, puestos a disposición de Estados Unidos por países aliados en diferentes continentes (Rumanía, Polonia, Letonia, Sudán, Marruecos, etc.).

Junto a lo anterior, el recurso a la práctica de transportar transfronterizamente, de modo secreto y por vía aérea, a presuntos sospechosos para encerrarlos en prisiones secretas e interrogarlos más libremente<sup>14</sup>. En tercer lugar, el sometimiento de los dete-

---

<sup>11</sup> Fue propiamente el informe de Taguba, hecho público el 5 de mayo de 2004, el que puso de manifiesto los abusos y torturas en esa prisión.

<sup>12</sup> Sobre la situación en esa prisión afgana, la identidad de cuyos prisioneros parece mantenerse en secreto (aun siendo visitados por el CICR), véase el *dossier* publicado en el diario *El País* de 17 de febrero de 2008.

<sup>13</sup> Una primera valoración hecha desde Naciones Unidas por órganos de control de la situación derivada para el respeto de los derechos humanos a consecuencia de las medidas adoptadas contra el terrorismo: informe del experto independiente Goldman, sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. En cuanto a la situación en Guantánamo la primera instrucción está contenida en el documento CDH (2006): “Situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo”: 16 y ss. Desde 2005 presenta sus informes el relator especial para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha antiterrorista, Martin Scheinin. Desde 2004 Manfred Nowak es relator temático contra la tortura del CDH. Un primer balance de la acción del presidente Obama sobre la situación puede verse en línea en <http://blog.aclu.org/2009/02/24/pentagon-report-whitewashes-abuses-at-gitmo> [citado 27 may 12]. La protección de los derechos humanos de los detenidos en Guantánamo se intentó ante los órganos del sistema americano de derechos humanos: la CIDH adoptó en efecto el 12 de marzo de 2002 medidas cautelares contra Estados Unidos que resultaron inefectivas completamente (cfr. Dinah Shelton [2002]: “The legal status of the detainees at Guantanamo Bay: innovative elements in the decision of the Inter American Commission of Human rights of 12 march 2002”. *Human Rights Law Journal*, vol. XXIII, 1-4: 13-14).

<sup>14</sup> La utilización del aeropuerto de Palma para vuelos de la CIA fue denunciada en marzo de 2005 por el *Diario de Mallorca* en el escrito presentado por el fiscal al juez Ismael Moreno de la Audiencia Nacional el 25 de enero de 2008 se insiste en la investigación de vuelos producidos entre el 11 de enero de 2002 y el 14 de octubre de 2006, que habrían utilizado el espacio aéreo español e incluso las bases e instalaciones de Morón de la Frontera, Rota y Torrejón de Ardoz, de modo contrario bien a la soberanía española, bien al Derecho Internacional de los derechos humanos. En mayo de 2005 *The New York Times* dio detalles sobre el uso de vuelos privados por la CIA. En junio de 2006 el COE acusó a Polonia y Rumania de albergar cárceles secretas. En septiembre de 2006 el expresidente Bush admitió la existencia de cárceles secretas e Italia inició el primer juicio contra la CIA en Europa. En noviembre de 2006 el PE hizo un recuento público de hasta 1 245 “vuelos de la CIA”. Ver el informe de Giovanni Claudio Fava ante el PE de 15 de junio de 2006

nidos a torturas y tratos inhumanos en diferentes ocasiones y con diferentes modalidades, en varios lugares de privación de libertad bajo jurisdicción de Estados Unidos, con la finalidad principal de obtener de ellos información útil. El uso de determinadas técnicas de tortura fue expresamente autorizado por memorandos de órganos del gobierno y de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos<sup>15</sup>.

En cuarto lugar, la privación a los combatientes enemigos ilegales detenidos (y a otras personas privadas arbitrariamente de libertad) de la titularidad y del goce efectivo de derechos humanos fundamentales vinculados estrechamente con la libertad y la justicia: el derecho de hábeas corpus, el derecho a un abogado, el derecho a no ser detenido indefinidamente sin juicio, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a un proceso debido ante un tribunal imparcial, entre otros.

## **V. Cuestiones relacionadas con la utilización y prevención de la tortura: el segundo informe de Estados Unidos al Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas**

Ante un órgano internacional de control como es el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura presentó Estados Unidos su segundo informe periódico en el que argumentó a favor de la conformidad con el Derecho Internacional de sus diferentes prácticas antiterroristas<sup>16</sup>. Las recomendaciones finales del Comité<sup>17</sup> no dejaron dudas sobre su opinión condenatoria de las interpretaciones y prácticas seguidas, aún admitiendo las secuelas del terrible atentado de 2001 y las dificultades encontradas por Estados Unidos para afrontar con eficacia la lucha contra un enemigo despiadado que utiliza la violencia de modo indiscriminado y extremo, profundamente lesivo para los derechos humanos más fundamentales.

---

(versión provisional), sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos. Documento final A6-0213/2006 y la resolución final del Parlamento condenando los vuelos de la CIA y exigiendo una investigación 13 de febrero de 2007. El 8 de junio de 2007 presentó ante la Asamblea Parlamentaria del COE Dick Marty, parlamentario suizo, un informe sobre presuntas detenciones secretas y traslados ilegales entre estados que implican a miembros del COE. En diferentes tribunales internos se han iniciado procedimientos de investigación de estos hechos criminales.

<sup>15</sup> Cfr. el memorándum de Alberto Gonzales de 25 de enero de 2002, "Decision, Re application of the Geneva Convention on prisoners of war to the conflict with Al Qaeda and the Talibán". En un memorándum de agosto de 2002 se indica que ninguna acción que no conllevara un fallo orgánico constituía una tortura ilegal. A partir de una reglamentación del Ministerio de Justicia adoptada en 2004 las reglas para interrogatorios se hicieron más laxas y en julio de 2007 el presidente Bush dictó una orden ejecutiva que daba aplicación a la sentencia del Tribunal Supremo de 2006 según la cual todos los prisioneros en poder de Estados Unidos debían ser tratados de conformidad con el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949. Si la situación legal en cuanto a técnicas de interrogatorio utilizables por el Ejército ha sido clarificada, no es seguro que lo haya sido completamente para la CIA por cuanto sus reglas, si bien según lo que prometió el presidente Obama, deben adecuarse a las reglas del Ejército, permanecen reservadas.

<sup>16</sup> Cfr. CAT/C/48/Add.3/rev.1.

<sup>17</sup> Cfr. CAT/C/USA/CO/2 de 25 de julio de 2006; y CAT/C/USA/CO 2/ Add.1 de 6 de noviembre de 2007: "Comments by the Government of the United States of America to the conclusions and recommendations of the Committee against torture".

Son destacables en particular: la recomendación de que el Estado debe admitir que la convención se aplica en tiempo de paz, guerra o conflicto armado en cualquier territorio bajo su jurisdicción incluyendo a todas las personas que estén bajo el control efectivo de sus autoridades en cualquier parte del mundo (párrafo 15 del texto). Así mismo, que Estados Unidos debe dejar de recluir indefinidamente a toda persona en la prisión de Guantánamo y cerrar ese centro de detención, permitir que los reclusos tengan acceso al proceso judicial o ponerlos en libertad lo antes posible, cerciorándose de que no sean devueltos a un Estado donde corran peligro de ser torturados (párrafo 22). Finalmente, que el Estado debe suprimir toda técnica de interrogatorio que constituya tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todos los centros de detención que estén bajo su control efectivo, como los métodos que suponen humillación sexual, el *waterboarding*, los denominados *grilletes cortos* o la utilización de perros para atemorizar (párrafo 24).

En este contexto es conveniente recordar que el gobierno de Estados recurre frecuentemente a la práctica de pedir *diplomatic assurances*, es decir ‘garantías diplomáticas’ a terceros países a quienes va a entregar a individuos (en extradición o bajo otro régimen) para exigir que no sean torturados o sometidos a tratos inhumanos. Existe un protocolo detallado de derecho interno que atribuye al secretario de Estado la decisión final de entrega y la solicitud y la conclusión del acuerdo final sobre las garantías. No obstante, una vía de control jurisprudencial para examinar la licitud de la decisión de cualquier entrega en caso de surgir dudas sobre el respeto al principio de *non refoulement* ha sido abierta por la sentencia dictada el 10 de enero de 2007 por el Tribunal de Distrito de Pensilvania en el caso sobre Sameh Sami S. Khouzam contra Thomas H. Hogan *et al.*

## VI. El Derecho Internacional en materia de acción antiterrorista

El crimen internacional de terrorismo no ha sido definido por medio de un instrumento convencional de alcance mundial, a pesar de que sus elementos centrales posiblemente sean objeto de consenso universal<sup>18</sup>.

Así, el uso de violencia armada grave, particularmente la indiscriminada, con la finalidad de aterrorizar a no combatientes y en particular a la población civil y forzar decisiones políticas de Estados determinados o de organizaciones internacionales es considerado universalmente como terrorismo.

Es difícil aún admitir que haya cristalizado una norma general del Derecho Internacional que establezca la responsabilidad internacional penal de responsables del crimen de terrorismo internacional *tout court*. Una reforma en ese sentido del Estatuto

---

<sup>18</sup> Cfr. di Filippo (2008): “Terrorist crimes and international cooperation: critical remarks on the definition and inclusion of terrorism in the category of international crimes”. *European Journal of International Law*, vol. XIX, 3: 533-570. También el trabajo de Felix Vacas Fernández (2011): *El terrorismo como crimen internacional: definición, naturaleza y consecuencias jurídicas para las personas*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

de la CPI impulsaría de modo casi definitivo tal cristalización aunque está por ver qué apoyos tiene entre los Estados parte.

Pero dicho lo anterior cabe añadir las siguientes consideraciones. No hay duda de que por lo menos ciertas formas de terrorismo pueden constituir un crimen contra la Humanidad en el sentido técnico de su definición por el Estatuto de la CPI: “ataque sistemático o generalizado contra la población civil”. En segundo lugar, ciertas normas del Derecho Internacional humanitario prohíben el terrorismo, calificable entonces de crimen de guerra.

En esos dos supuestos la jurisdicción penal internacional de la Corte de La Haya sería competente por razón de la materia, cumplidos otros requisitos de admisibilidad y las reglas de su competencia<sup>19</sup>.

Los tratados internacionales que obligan a prevenir y reprimir determinadas formas de terrorismo internacional obligan a establecer la jurisdicción de los Estados parte según el principio *aut dedere aut judicare*. No es obligatorio en cambio, establecer la jurisdicción universal absoluta sobre el crimen de terrorismo internacional y las leyes estatales internas muestran escasa práctica a favor de dicho establecimiento, aunque no esté prohibido por normas jurídicas generales.

Por otra parte el Derecho Internacional se resiste a calificar los correspondientes hechos internacionalmente ilícitos especialmente graves cometidos por Estados como terrorismo a pesar de cierta práctica limitada del CS que sí ha hecho una referencia a Estados terroristas (en particular respecto al estado de Libia por su presunta implicación en el incidente terrorista de Lockerbie).

Los hechos internacionalmente ilícitos más graves de los Estados (violaciones graves de normas que protegen intereses esenciales de la comunidad internacional, como son las que obligan a respetar los derechos humanos fundamentales) están sometidos a un régimen específico de responsabilidad internacional, pero el tipo penal del terrorismo de Estado no ha cristalizado.

Ahora bien, en términos de Derecho Internacional general cabe afirmar que todo Estado está obligado a ejercer su soberanía territorial y personal para proteger los derechos humanos de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción frente a violaciones de toda clase, particularmente frente a las acciones del terrorismo. Como se ha indicado el terrorismo constituye una grave violación de los derechos humanos fundamentales<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda contempla la toma de rehenes y la participación en actos de terrorismo, en cuanto violaciones del Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra. Y, por su parte, el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona también incluye la prohibición específica del terrorismo en los conflictos armados. El Derecho Internacional humanitario se refiere específicamente al terrorismo en el cuarto Convenio de Ginebra (artículo 33), en el Protocolo Adicional I de 1977 (artículo 51.2) y en el Protocolo Adicional II (artículo 4 y artículo 13.2).

<sup>20</sup> Sobre las medidas adoptadas por España tras los atentados de Madrid el 11 de marzo de 2004 cfr. Reinares (2009): “After Madrid bombings: internal security reforms and prevention of global terrorism in Spain” en *Studies in conflict and terrorism*, Londres: 367-388. De especial relevancia para la legitimación internacional de la acción antiterrorista española de carácter preventivo ha sido la sentencia del TEDH dictada en el caso 25803/04 sobre Batasuna contra España, el 30 de junio de 2009. Según el TEDH la ilegalización de Batasuna “corresponde a una necesidad social imperiosa que está proporcionada al fin buscado”.

El cs de Naciones Unidas se ha implicado activamente en la lucha contra el terrorismo<sup>21</sup> y los Estados miembros están obligados a cumplir sus decisiones antiterroristas adoptadas sobre la base del capítulo vii. El terrorismo internacional ha sido calificado de modo permanente como una amenaza para la paz y seguridad internacionales.

## VII. Conclusiones

Estados Unidos ha entrado en una fase de restablecimiento de las libertades deterioradas por la lucha antiterrorista. Desde la entrada en vigor de la modificación legislativa 18 U.S.C. (sección 2340A) y en especial de la Ley para el tratamiento de detenidos (Detainee Treatment Act) de 2005 y de la Ley de las comisiones militares (Military Commissions Act) de 2006, junto con normas complementarias de rango inferior, se entiende que la tortura y los tratos inhumanos están prohibidos en todo lugar con respecto a cualquier persona bajo el control efectivo de autoridades de Estados Unidos.

Por su parte, el Gobierno del presidente Obama enfrentó desde el principio de su mandato la ímproba tarea de someter al derecho todas las actividades antiterroristas, comenzando, como se ha indicado, por la prisión de Guantánamo (cfr. su Orden ejecutiva de 22 de enero de 2009).

Asimismo, el 26 de febrero de 2010 la Cámara de Representantes de Estados Unidos acordó prorrogar por solo un año tres disposiciones de la Ley patriota, limitadoras de garantías civiles: la que permite la vigilancia de sospechosos que utilizan varias líneas telefónicas, la relativa a la vigilancia de terroristas que actúan por su cuenta y finalmente la que permite acceder a las comunicaciones de los sospechoso, por Internet.

Por otro lado el Gobierno de Obama parece resignado a que algunos de los principales presos de Guantánamo no sean juzgados por tribunales civiles ordinarios y mantenerlos bajo la jurisdicción militar (de acuerdo con la Ley de las comisiones militares aprobada por el Congreso en 2006)<sup>22</sup>. En gran parte, ello se debe a la resistencia presentada contra el desarrollo de juicios civiles por parte de las autoridades locales, incluyendo las de la ciudad de Nueva York. La opinión pública en general tampoco parece muy favorable a ello. El Gobierno de Obama ha decidido ya la cárcel del Estado de Illinois a donde serán trasladados los presos que no sean liberados<sup>23</sup> o enviados a terceros países, pero entretanto el Congreso ha congelado los fondos necesarios para

---

<sup>21</sup> Cfr., por ejemplo M<sup>a</sup>. Ángeles Cano (2009): "La labor del Consejo de Seguridad en la lucha contra el terrorismo: tres vías de actuación y la necesidad de coordinación entre los diferentes comités implicados" en Antonio Cuerda Riezu *et al.* (dirs.): *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, Madrid: Editorial Tecnos: 123-147.

<sup>22</sup> *Inter alia* esta ley otorga inmunidad penal retroactiva a oficiales implicados en interrogatorios presuntamente torturadores o ilegales llevados a cabo en cualquier lugar mundo, en el marco de la lucha antiterrorista.

<sup>23</sup> Sobre los peligros (políticos y jurídicos) de aplicar, en defensa de la seguridad del Estado y de la población, la solución de la prisión indefinida sin juicio a determinados "presuntos responsables" estimados muy peligrosos, cfr.: Kenneth Roth (2008): "After Guantánamo. The case against preventive detention". *Foreign Affairs*, vol. LXXXVII, 3: 9-16.

el cierre efectivo de Guantánamo. Antes de dar la autorización el Congreso quiere que la Administración explique con detalle el destino de cada preso y garantice que ninguno de ellos representara un peligro para los norteamericanos.

El necesario equilibrio entre las exigencias de una lucha eficaz contra un enemigo tan tenaz e implacable como el terrorismo internacional y la necesidad de defender los derechos humanos y libertades fundamentales está marcando muchas políticas y decisiones de esta época; pero la lucha contra la impunidad y las exigencias de la cooperación internacional nunca pueden justificar la disminución de la protección de los derechos humanos inderogables: el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos es uno de ellos. A mi juicio, aunque con cicatrices, la prohibición universal y absoluta de la tortura ha salido vencedora de los avatares derivados de los atentados del 11 de septiembre de 2001 y de los acontecimientos posteriores. Todos debemos alegrarnos de ello y agradecer a los defensores de los derechos humanos, en cualquier lugar que ocupen, su generosidad en la defensa de la dignidad de toda persona.



# **Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí**

**JAUME SAURA ESTAPÀ**

Presidente del Institut de Drets Humans de Catalunya

Profesor titular de Derecho Internacional Público

Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. Introducción. II. Las empresas militares y de seguridad privadas en los conflictos armados contemporáneos: el caso iraquí: 1. La proliferación de empresas militares y de seguridad privadas: apuntes explicativos; 2. Las empresas militares y de seguridad privadas en Iraq: el caso Blackwater. III. Violaciones de derechos humanos cometidas por empresas militares y de seguridad privadas: 1. Mercenarios contra empresas militares y de seguridad privadas; 2. Respeto de la población civil; 3. Respeto del principio de autodeterminación de los pueblos; 4. Respeto de los propios empleados. IV. Las responsabilidades por las violaciones de derechos humanos: 1. Estatuto jurídico de las empresas militares y de seguridad privadas e impunidad; 2. La responsabilidad del Estado; 3. Responsabilidad corporativa; 4. Responsabilidad internacional del individuo. V. Consideraciones finales.

## **I. Introducción**

Una de las características más sobresalientes de los conflictos armados de los últimos años, sean o no internacionales, ha sido la proliferación como agentes del

conflicto de las denominadas empresas militares y de seguridad privadas (EMP/ESP)<sup>1</sup>. Entiéndase: mercenarios los ha habido siempre y la externalización de algunas funciones necesarias pero no nucleares del ámbito militar, como la cocina o la intendencia, tampoco es un fenómeno estrictamente nuevo. Lo que resulta novedoso es la dejación que algunos gobiernos están haciendo de funciones inherentes a la soberanía, como son la seguridad y el uso de la fuerza, en manos de actores privados. Una dejación que plantea numerosos interrogantes desde el Derecho Internacional, entre los que no es menor el de la atribución de la responsabilidad internacional cuando estos actores privados vulneran normas esenciales de Derecho Internacional humanitario o de Derecho Internacional de los derechos humanos.

En este contexto, el presente artículo pretende contribuir al debate sobre la participación de agentes privados en guerras y conflictos armados como el de Iraq, con especial énfasis en la incidencia de este fenómeno en la vulneración de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y en la exigencia de las correspondientes responsabilidades. No aspiramos a analizar el tema con la profundidad y amplitud que sin duda merece, sino que nos limitaremos a un planteamiento general de las cuestiones jurídicas que este suscita, así como a apuntar algunas vías para abordar la solución de los problemas más graves que se detectan a su alrededor. Partiremos, pues, de algunos apuntes explicativos sobre la proliferación de empresas militares y de seguridad privadas en la actualidad para, a continuación, analizar la tipología de vulneraciones de derechos humanos que estas están cometiendo y, finalmente, establecer los términos de la responsabilidad internacional que cabe reclamar. El conflicto iraquí será el caso de estudio que nos servirá como hilo conductor en este análisis, aunque sin renunciar a la utilización de ejemplos provenientes de otras latitudes. Tomaremos como principal fuente de conocimiento los informes elaborados por el grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre la “utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”<sup>2</sup>, así como informaciones aparecidas en distintos medios de comunicación y la incipiente literatura académica y divulgativa existente sobre el particular.

---

<sup>1</sup> Terminología que no es en absoluto pacífica, pero que utilizaremos en este artículo por ser la que maneja habitualmente el grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre mercenarios, al que nos referimos más adelante.

<sup>2</sup> Creado por la antigua CDH por resolución de 7 de abril de 2005, substituía al anterior mandato unipersonal de un relator especial sobre el empleo de mercenarios que se había establecido en 1987. Cfr. José L. Gómez del Prado (2009): “El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios y las nuevas formas de mercenarismo” en Helena Torroja Mateu (dir.) y Sonia Güell Peris (coord.): *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, Barcelona: J. M. Bosch: 164; José L. Gómez del Prado y Helena Torroja Mateu (2011): *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

## II. Las empresas militares y de seguridad privadas en los conflictos armados contemporáneos: el caso iraquí

### 1. La proliferación de empresas militares y de seguridad privadas: apuntes explicativos

Como hemos señalado más arriba, el fenómeno del mercenario dista de ser una novedad en el desarrollo de los conflictos armados. Por el contrario, desde una perspectiva histórica, más bien la excepción son los ejércitos de reemplazo, o incluso profesionales, de carácter permanente, un fenómeno que puede retrotraerse a no más de un par de siglos<sup>3</sup>. La cuestión es, pues, por qué el proceso ilustrado que llevó a los Estados soberanos a convencerse de la necesidad de establecer ejércitos permanentes y autosuficientes, leales y disuasorios, está revertiendo a una privatización de servicios ligados a la Defensa que, en casos extremos, llega al mismo uso de la fuerza armada.

Difícilmente podemos explicar en este breve espacio las razones de esta tendencia, si bien sí cabe apuntar algunas reflexiones al respecto. Sin pretender ninguna prelación, cabe citar los siguientes factores recientes, de manera telegráfica:

1. La generalizada ola privatizadora del sector público, unido al menor tamaño de este, ha llegado al sector de la defensa. Desde los años noventa, y en aras de una presunta mayor eficacia económica, hemos sufrido en las sociedades occidentales un proceso de privatización de las grandes empresas públicas que daban servicios de interés general en sectores como la comunicación, la energía o la salud, que más tarde o más temprano había de llegar a la defensa y la seguridad. Como apunta un general español: “Hay que recordar que hasta hace pocos años, la mayoría de las fábricas, almacenes y talleres que cubrían las necesidades de los ejércitos pertenecían al sector público y el sector privado en tiempo de paz prácticamente se limitaba al suministro de víveres y algunos materiales que no compensaba fabricar en los centros oficiales”<sup>4</sup>. Hoy esta externalización abarca casi todos los suministros, incluidos los armamentísticos, y no se limita al tiempo de paz. Y ello se justifica no solo en argumentos económicos, sino también por la propia reducción de los efectivos militares consecuencia del final del reemplazo obligatorio.

---

<sup>3</sup> Coinciden en esta apreciación, aunque su análisis de la realidad actual es diametralmente opuesto, Núñez Villaverde (2009): “Privatización e internacionalización del uso de la fuerza armada: los mercenarios como lacra del marco de seguridad del siglo xxi” en Helena Torroja Mateu (dir.) y Sonia Güell Peris (coord.): *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, Barcelona: J. M. Bosch: 65; Bayarri y Martínez (2009): “Las empresas militares y de seguridad privadas: entre la necesidad y el rechazo” en Helena Torroja Mateu (dir.) y Sonia Güell Peris (coord.): *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, Barcelona: J. M. Bosch: 84.

<sup>4</sup> Laguna Sanquirico (2009): “Delimitación conceptual relativa a la presencia privada en el marco estatal de la defensa” en Helena Torroja Mateu (dir.) y Sonia Güell Peris (coord.): *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, Barcelona: J. M. Bosch: 44.

2. La disponibilidad de armamento y de personal militar cualificado y sin empleo, como consecuencia del final de la guerra fría y del desmantelamiento de la Unión Soviética y regímenes aliados. Como apunta Núñez Villaverde: “muchas personas con una considerable experiencia militar y de combate [...] se encontraron repentinamente en situación excedentaria, muchas armas sobrantes al alcance de cualquiera y muchas empresas de defensa con apuros para colocar en el mercado sus productos”<sup>5</sup>. Además, cada nuevo conflicto de cierta entidad (Yugoslavia, Iraq, etc.) genera nuevos potenciales “consultores” con amplia experiencia y ávidos de empleos lucrativos.

3. La naturaleza de las nuevas misiones de los ejércitos, menos ligadas a la defensa nacional y más al ejercicio de funciones de seguridad en conflictos internacionales ajenos a los intereses nacionales stricto sensu (operaciones de mantenimiento de la paz y similares)<sup>6</sup>. Este tipo de misiones son muy costosas en términos políticos cuando empieza a haber bajas de tropa de la nacionalidad del Estado que las envía, mientras que apenas tienen repercusiones entre la opinión pública si los heridos o fallecidos pertenecen a compañías privadas de seguridad<sup>7</sup>.

4. Los éxitos de algunas de estas empresas. Como señala Laguna Sanquirico, en Croacia (1994) “la compañía norteamericana Military Professional Resources Inc. (MPRI) contribuyó a la reorganización del ejército croata que en poco más de un año dio la sorpresa de llevar a cabo con éxito una reacción contra las fuerzas serbocroatas de las Krajinas”, mientras que en Sierra Leona (1995), la empresa sudafricana Executive Outcomes logró en pocos meses que las fuerzas rebeldes del Frente Revolucionario Unido, que tenían cercada la capital, se replegaran cien kilómetros al interior<sup>8</sup>.

A estos condicionantes de carácter general hay que añadir, en el caso concreto de Iraq, la confluencia de dos factores adicionales: las “erradas previsiones del gobierno estadounidense en cuanto a las condiciones que caracterizarían la posguerra” y “la disponibilidad de fondos procedentes de la exportación de petróleo que habían sido retenidos como sanción tras la invasión de Kuwait en 1990”<sup>9</sup>.

En cualquier caso, todo indica que el fenómeno está aquí para quedarse y que, en consecuencia, un debate de orden abolicionista resultaría completamente estéril. En cambio sí parece imperiosa la necesidad de regular las actividades de estas empresas y de hacerlas responsables jurídicamente por sus actos: a ellas, como corporaciones; a los individuos empleados por ellas que cometan actos delictivos; y a los gobiernos que las contratan o que las permiten operar, según el caso. Además, el problema específico que queremos abordar en este artículo no se limita a la privatización o externalización de servicios ligados a la seguridad o la defensa, sino a aquellos supuestos en que dichos contratistas ejercen prerrogativas del poder público, muy singularmente el uso de

<sup>5</sup> *Op. cit.* Núñez Villaverde, 2009: 69. Bayarri y Martínez cifran en siete millones la tropa desempleada en todo el mundo a partir de 1989 (cfr. Bayarri, Martínez, 2009: 86).

<sup>6</sup> *Op. cit.* Laguna Sanquirico, 2009: 42-43.

<sup>7</sup> *Op. cit.* Núñez Villaverde, 2009: 76-77.

<sup>8</sup> *Op. cit.* Laguna Sanquirico, 2009: 52-53.

<sup>9</sup> Pozo Serrano (2009): “Las compañías de seguridad privadas como nuevo actor en el ámbito de la paz y la seguridad internacionales: actividades y marco jurídico” en Blanc Altemir (ed.) *et al.*: *El proceso de reforma de las Naciones Unidas*, Madrid: Editorial Tecnos: 378-379.

la fuerza armada. Distintas fuentes calculan que la industria de las empresas privadas de seguridad factura cien mil millones de dólares anuales<sup>10</sup> y puede haber unos cien mil combatientes privados en los distintos conflictos armados internos e internacionales que están más o menos activos en la actualidad. Y esta cifra se refiere únicamente a personal no nacional que desempeña funciones de seguridad privada, excluyendo por tanto otros empleados de las compañías privadas de seguridad (personal administrativo, logista, etc.) y el personal contratado localmente. De hecho, solo en Iraq se calcula que operan, dependiendo de las fuentes, entre 30 000 y 50 000 agentes de seguridad privados extranjeros trabajando para las fuerzas de ocupación<sup>11</sup>.

Gran parte de los esfuerzos intelectuales de la ONU y de la doctrina se han dedicado a averiguar si a los integrantes de esas fuerzas privadas se les puede o debe aplicar el calificativo de mercenario o si esta noción debe adaptarse para hacer frente a las nuevas realidades sobre el terreno<sup>12</sup>. Es una cuestión crucial en muchos aspectos, significativamente en el de la adecuada aplicación de derechos y obligaciones dimanantes del Derecho Internacional humanitario. Sin embargo, desde el punto de vista más amplio del respeto a los derechos humanos, se trata de una cuestión relativamente menor. Desde nuestro punto de vista, no importa tanto saber si estos agentes responden o no a la noción técnica de mercenario, sino si:

- su comportamiento puede suponer una infracción de los estándares de derechos humanos generalmente reconocidos;
- si ellos mismos pueden ser objeto de violación de los derechos humanos;
- en uno y otro caso, si la respuesta fuese afirmativa, quién es responsable desde el punto de vista interno e internacional;
- y, finalmente, cómo evitar la impunidad en casos de violaciones de derechos humanos por parte de estos actores.

Al análisis de las anteriores cuestiones, con especial referencia a Iraq, vamos a dedicar los restantes apartados de la presente contribución.

## **2. Las empresas militares y de seguridad privadas en Iraq: el caso Blackwater<sup>13</sup>**

Ya hemos dejado constancia de que los efectivos militares privados en Iraq constituyen la segunda fuerza armada extranjera en el país, solo por detrás de la norteamericana. Aunque se calculan en decenas las EMP/ESP que operan en Iraq, cada cual con su accionariado, dirección y misión o misiones, el Departamento de Defensa de Estados

---

<sup>10</sup> Cfr. Cameron (2006): "Private military companies: their status under International humanitarian law and its impact on their regulation". *International Red Cross Review*, vol. LXXXIII, 863: 575.

<sup>11</sup> Cfr. distintas estimaciones en el informe del grupo de trabajo de la ONU, documento A/HRC/7/7, de 9 de enero de 2008, párrafo 31. Más concretamente, en agosto de 2008 el mismo grupo de trabajo cifraba esos efectivos en 48 000. Cfr. informe en documento A/63/325, de 25 de agosto de 2008, párrafo 27.

<sup>12</sup> Consúltase, a título ilustrativo, la Resolución 57/196, de 18 de diciembre de 2002 de la AG que solicita al relator especial de la entonces CDH "una definición más clara de mercenario"; y el informe resultante del relator (documento A/58/115, de 2 de julio de 2003, especialmente los párrafos 41 a 62).

<sup>13</sup> Pastor Palomar (2008): "Blackwater ante el Derecho Internacional: el negocio de la impunidad". *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LX, 2: 427 y ss.

Unidos las considera en conjunto “uno de los elementos de la *Total Force* de Estados Unidos”<sup>14</sup>. La realidad sobre el terreno de estas compañías es, pues, muy diversa, pero en todo caso parece claro que participan activamente del esfuerzo bélico que entraña la ocupación y ahí surgen los problemas. Un caso ampliamente publicitado resulta especialmente ilustrativo de los problemas que las EMP/ESP están causando en Iraq.

El 16 de septiembre de 2007 fuerzas de seguridad privada de la compañía Blackwater<sup>15</sup> que custodiaban un convoy norteamericano en Iraq mataron a 17 civiles, incluyendo varias mujeres y niños, en circunstancias que no justificaban el uso de la fuerza, pues no se había producido ni agresión ni amenazas previas. Tamaña masacre fue de inmediato condenada desde diversas instancias, incluyendo el grupo de trabajo sobre mercenarios de la ONU mencionado más arriba<sup>16</sup>. Asimismo, el Congreso de Estados Unidos denunció poco más tarde que los empleados de la compañía abusaban de las drogas, el alcohol y la violencia<sup>17</sup>. El mismo informe señalaba algunos datos harto preocupantes respecto de la gestión del uso de la fuerza de la compañía Blackwater en el contexto iraquí. Entre otros, que los empleados de la compañía habían protagonizado 195 tiroteos en dos años, a razón de uno y medio por semana; y que en el 80 % de ellos dispararon primero, a pesar de que su contrato con el Departamento de Estado norteamericano estipula que solamente pueden usar la fuerza con carácter defensivo. Asimismo, se ponía de manifiesto que 122 empleados de la compañía (una séptima parte del total) habían sido despedidos durante ese período y que el despido era el único castigo plausible para los empleados, cualquiera que fuera la naturaleza de los actos cometidos<sup>18</sup>.

Ante la presión de la opinión pública y del Congreso norteamericano, Blackwater anunciaba el 10 de octubre de 2007 una reparación de 15 000 dólares por cada uno de los asesinados. El Gobierno de Iraq reclamaba en cambio ocho millones por cada fallecido<sup>19</sup>. El día anterior al anuncio de la compañía, un nuevo incidente en Iraq demostraba que el caso Blackwater distaba de ser un supuesto aislado. El 9 de octubre, agentes de seguridad de la empresa Unity Resources Group, con sede en Dubai, mataban a dos mujeres en un coche, aparentemente porque su vehículo se aproximó

---

<sup>14</sup> Citado en *op. cit.* Pastor Palomar, 2008: 428

<sup>15</sup> A raíz del escándalo descrito en estas páginas, Blackwater Worldwide fue refundada bajo el nombre de Xe Services (Cfr. Raleigh [2009, 14 feb]: “Blackwater Changes Its Name to Xe”, *The New York Times* [en línea en <http://www.nytimes.com/2009/02/14/us/14blackwater.html>], citado 27 may 12]. A fin de simplificar, nos referiremos siempre a estas empresas sucesivas como Blackwater.

<sup>16</sup> Naciones Unidas (2007): “Working Group on the Use of Mercenaries expresses concern over the killing of Iraqi civilians involving employees of private security company”, 25 de septiembre de 2007. Los hechos descritos han sido profusamente difundidos también en publicaciones científicas (cfr. *op. cit.* José L. Gómez del Prado, 2009: 201; *op. cit.* Pastor Palomar, 2008: 429).

<sup>17</sup> Cfr. diario *El País*, 2 y 3 de octubre de 2007.

<sup>18</sup> Exhaustiva enumeración de incidentes protagonizados por Blackwater y otras compañías militares privadas en Human Rights First (2008): “Private security contractors at war. Ending de culture of impunity”, especialmente en el primer capítulo “The nature of the problem”: 5-15.

<sup>19</sup> Cfr. *Le Nouvel Observateur*, 23 de junio de 2008.

demasiado al convoy que ellos protegían. Los guardias dispararon desde un todoterreno en marcha y siguieron su camino a toda velocidad<sup>20</sup>.

Los hechos descritos han tenido consecuencias políticas tanto en Estados Unidos como en Iraq, países de origen y destino respectivamente de la compañía Blackwater. Por un lado, el Congreso norteamericano inició la reforma de su Ley de jurisdicción militar extraterritorial de manera que todas las empresas de seguridad y contratistas que trabajen en Iraq y otras zonas en conflicto estén sujetas a las leyes y a la jurisdicción norteamericanas, lo que no sucedía hasta ese momento<sup>21</sup>. A fecha de hoy, esta propuesta no ha sido adoptada por el Congreso norteamericano, pese a lo cual el FBI tiene competencia para investigar actos que sean susceptibles de constituir un delito que en Estados Unidos comporte una pena de un mínimo de un año de prisión. Esta jurisdicción se extiende a personas “empleadas o que acompañen a las fuerzas armadas fuera de Estados Unidos”<sup>22</sup>, lo que deja fuera a contratistas dependientes de EMS/ESP vinculadas a actores interpuestos o a empresas privadas, entre otros. El intento, igualmente fallido, de adoptar una Stop Outsourcing Security Act, que obligaría a Estados Unidos a eliminar la contratación de empresas que aportan hombres para tareas paramilitares en zonas de guerra como Iraq y Afganistán, puede considerarse también una reacción a los hechos de septiembre de 2007<sup>23</sup>.

En paralelo, el Gobierno de Iraq aprobó un proyecto de Ley que debería reemplazar a la Orden 17 de 2004 (adoptada durante el mandato del “procónsul” Bremer) y que tendría por efecto retirar la inmunidad a las empresas de seguridad extranjera<sup>24</sup>. Ello tendría una doble implicación. De un lado, la sumisión de dichas empresas a ciertos controles administrativos básicos: inscripción de la empresa en un registro nacional; obligación para sus empleados de poseer una licencia de armas; posibilidad de ser registrados en los controles que puedan establecer las fuerzas armadas iraquíes, etc. Por otro lado, los actos (ilegales) eventualmente cometidos por los contratistas podrán ser perseguidos ante los tribunales iraquíes.

Ambas medidas legislativas, tanto la norteamericana como la iraquí, parecen de sentido común. Sin embargo, ha sido necesario que se produjera una matanza y que los medios de comunicación la difundieran para que uno y otro Estado pusieran manos a la obra, sin éxito. El incidente, en todo caso, ilustra la situación de impunidad con la que operan las

---

<sup>20</sup> Cfr. documento A/HRC/7/7/Add. 1, de 13 de febrero de 2008, párrafo 7 y siguientes. Cfr. más casos como los citados en documento: A/63/325, párrafo 30 y siguientes.

<sup>21</sup> Cfr. BBC (2007): “Ley Blackwater en EE.UU.” [en línea en [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid\\_7029000/7029107.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_7029000/7029107.stm), citado 27 may 12]; *El País*, 6 de octubre de 2007.

<sup>22</sup> 18 USC Sección 3261: “Criminal offenses committed by certain members of the Armed Forces and by persons employed by or accompanying the Armed Forces outside the United States”.

<sup>23</sup> Dos legisladores norteamericanos, la diputada demócrata Jan Schakowsky y el senador independiente Bernie Sanders, han presentado este proyecto hasta en tres ocasiones en sucesivas sesiones de la Cámara de Representantes norteamericana. El proyecto y su historia legislativa pueden hallarse en línea en <http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=h110-4102> [citado 27 may 12]. También se hace referencia a este proyecto en José L. Gómez del Prado, Helena Torroja Mateu, 2011: 37-43.

<sup>24</sup> *El País*, 30 de octubre de 2007. La Orden 17 puede leerse en línea en [http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040627\\_CPAORD\\_17\\_Status\\_of\\_Coalition\\_Rev\\_with\\_Annex\\_A.pdf](http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_with_Annex_A.pdf) [citado 27 may 12]. Hasta donde sabemos, la ley aún no ha sido aprobada por el Parlamento iraquí y, en cualquier caso, no tendrá efectos retroactivos (Cfr. José L. Gómez del Prado, 2009: 193-194).



compañías militares y de seguridad privadas en Iraq: son el segundo ejército de ocupación en términos de efectivos y no responden, al menos hasta el momento, ante nadie.

### **III. Violaciones de derechos humanos cometidas por empresas militares y de seguridad privadas**

#### **1. Mercenarios contra empresas militares y de seguridad privadas**

A pesar de que hemos minimizado la relevancia práctica de alcanzar un consenso en la actualización de la noción de mercenario, no resulta baladí definir qué se entiende por empresas militares y de seguridad privadas. Para ello, resulta útil utilizar la definición que maneja el Grupo de Expertos de las Naciones Unidas: “Empresas privadas que prestan todo tipo de servicios de asistencia de seguridad, entrenamiento, abastecimiento y asesoría, incluido el apoyo logístico no armado, los guardas de seguridad armados y los que intervienen en actividades militares defensivas u ofensivas”<sup>25</sup>.

Más recientemente, en su “proyecto de una posible convención” sobre la cuestión, la definición se ha simplificado hasta su misma esencia: “la entidad empresarial que preste servicios militares o de seguridad remunerados por medio de personas físicas o jurídicas”<sup>26</sup>. En cualquier caso, se trata de una noción mucho más amplia que la del clásico mercenario o soldado de fortuna y cuyas características básicas podemos hallar en el protocolo I de 1977:

Se entiende por mercenario toda persona:

- a. que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;
- b. que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;
- c. que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares a las fuerzas armadas de esa Parte;
- d. que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;
- e. que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y
- f. que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Informe del Grupo de Expertos en el documento A/HRC/4/42, de 7 de febrero de 2007, párrafo 3.

<sup>26</sup> “Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas para su examen y la adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos” es un documento elaborado por el Grupo de Expertos y presentado públicamente al Consejo de Derechos Humanos en septiembre de 2010. El texto puede ser consultado en el anexo a la obra de José L. Gómez del Prado, Helena Torroja Mateu, 2011: 141 y ss.

<sup>27</sup> Artículo 47, párrafo 2, de Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.

La consecuencia que tiene la consideración de un combatiente como mercenario en Derecho Internacional humanitario es privarle la condición de combatiente y por tanto de prisionero de guerra una vez ha caído en poder del enemigo; en consecuencia, que pueda ser juzgado y condenado por los actos bélicos que haya podido desarrollar<sup>28</sup>. Ahora bien, dicho esto, ni ser mercenario es en si mismo una violación del derecho humanitario, ni el mercenarismo está contemplado como crimen, por ejemplo, en el Estatuto de la CPI<sup>29</sup>.

En cualquier caso, esta definición de mercenario, con requisitos de carácter acumulativo, se ha revelado claramente inadecuada para reflejar la externalización de los servicios de seguridad en contextos de conflictos armados. Como apunta Joana Abrisketa, reunir estas condiciones “es tan complicado que paradójicamente ha facilitado la labor de las empresas de seguridad militar y privada, que han conseguido no ser objeto de persecución y quedar en una especie de limbo jurídico. Además, los tratados internacionales centran la definición en la idea de que el individuo haya sido especialmente reclutado para actuar en un determinado conflicto armado. Sin embargo, las compañías de seguridad privada reclutan empleados para largos periodos o basados en contratos no vinculados a un conflicto en especial”<sup>30</sup>.

El grupo de trabajo de la ONU ha constatado en sus informes que las nuevas modalidades de uso de la fuerza por empresas militares privadas han sustituido casi por completo la utilización de los mercenarios individuales tradicionales<sup>31</sup>. Pues bien, tal como hemos apuntado a partir de los hechos descritos en el apartado anterior, las informaciones que llegan desde el terreno permiten apreciar distintas actuaciones de estas empresas militares privadas que actúan en el exterior y que suponen violación de estándares internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional en general, incluyendo el Derecho Internacional humanitario. Como mínimo, en tres direcciones: población civil, empleados de las propias compañías y derecho a la autodeterminación.

## 2. Respetto de la población civil

Distintos informes de las Naciones Unidas<sup>32</sup> mencionan una panoplia de comportamientos atribuidos a individuos reclutados por EMP/ESP que operan en situaciones de

---

<sup>28</sup> Cfr. Clapham (2006): “Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto”. *International Review of the Red Cross*, vol. LXXXVI, 863: 26.

<sup>29</sup> Cfr. *op. cit.* Cameron, 2006: 579. El planteamiento del Convención Africana contra el Mercenarismo, en cambio, sí es punitivo.

<sup>30</sup> Joana Abrisketa (2007): “Blackwater: los mercenarios y el Derecho Internacional”, *FRIDE*: 8.

<sup>31</sup> Informe citado en el documento A/HRC/7/7, de 9 de enero de 2008, párrafo 25. En este sentido, debe considerarse excepcional el caso de la Libia del coronel Gadafi, acusado en febrero de 2011 de disponer de un ejército de auténticos mercenarios, en sentido clásico, que ha utilizado contra los grupos que se han levantado en su contra (Cfr. “Unos 6.000 mercenarios luchan por mil dólares a las órdenes de Gadafi”, *La Vanguardia*, 25 de febrero de 2011).

<sup>32</sup> Los informes antes citados y “la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”. Documento A/61/341, de 13 de septiembre de 2006, párrafo 66.

conflictos armados y que constituyen violaciones graves a derechos humanos y libertades fundamentales, tanto desde la perspectiva del Derecho Internacional humanitario como del Derecho Internacional de los derechos humanos. En estos informes se relatan casos de ejecuciones sumarias (lo que supone una manifiesta violación del derecho a la vida), torturas (violación de su prohibición), trata de personas (violación del derecho a la libertad individual y la prohibición de la esclavitud). Además, estos informes denuncian directamente “violaciones de derechos humanos” (¡como si lo anterior no lo fuera!), lo que solo puede interpretarse como vulneraciones de “otros” derechos, como las libertades fundamentales de expresión y opinión, pero también de derechos sociales, como luego veremos. Entre los casos más sorprendentes se halla la contratación en 2004 de empleados de Blackwater por parte de la CIA para perseguir y asesinar a dirigentes de Al Qaeda<sup>33</sup>.

Además, en los informes del grupo de trabajo también se acusa a los contratistas de algunas EMP/ESP de hechos delictivos comunes, como la trata de personas y el tráfico de drogas y armas, terrorismo y operaciones paramilitares y encubiertas<sup>34</sup>. Por citar un ejemplo que muestra la complejidad de los hechos antijurídicos protagonizados por miembros de estas empresas, el grupo de trabajo señala que: “Existen denuncias verosímiles de que las actividades de una empresa maderera que opera en Liberia se han utilizado para financiar milicias privadas que torturan, intimidan, hostigan, violan, esclavizan, gestionan burdeles, reclutan a la fuerza a niños soldados y se dedican al contrabando de armas”<sup>35</sup>. Asimismo, un informe más reciente indica que a menudo los empleados de estas compañías, en funciones de protección de corporaciones extractivas transnacionales, se han visto envueltos en la supresión de protestas sociales legítimas de comunidades y organizaciones de protección del medio ambiente o los derechos humanos<sup>36</sup>. Bayarri y Martínez ponen nombre y apellidos a algunas de las empresas que incluyen entre sus clientes a cárteles de la droga, grupos terroristas, mafias y gobiernos dictatoriales: “Stabilco, Niemoller-Group, CMR, Dod He’Hanitin (Spearhead Ltd.) o las desaparecidas Sakina Security y Transglobal Security International”<sup>37</sup>. Por ende, Blackwater ha sido acusada de fomentar la prostitución infantil en Iraq, además de contrabando de armas, lavado de dinero y evasión de impuestos.

### 3. Respeto del principio de autodeterminación de los pueblos

Aunque el mandato del grupo de expertos de las Naciones Unidas contiene la mención explícita del principio de libre determinación de los pueblos, lo cierto es que

---

<sup>33</sup> Información difundida por *The New York Times* (19 de agosto de 2009) y recogida en Charlier (2010): “Mercenarios de Estado en Afganistán”. *Le Monde Diplomatique* [versión en español], marzo de 2010: 15. A la vista del escaso éxito de esta iniciativa, finalmente han tenido que ser las fuerzas especiales (especiales, pero regulares) norteamericanas las encargadas de asesinar a Osama Bin Laden el 1 de mayo de 2011.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, párrafo 67.

<sup>36</sup> Cfr. documento A/HRC/7/7, de 9 de enero de 2008, párrafo 26.

<sup>37</sup> *Op. cit.* Bayarri, Martínez, 2009: 99-100. Y añaden: “Este tipo de empresas dificultan el proceso de legitimación y transparencia que algunas EMP/ESP están iniciando al dar mal nombre al sector. Si estamos ante las ovejas negras del sector o si el sector se nutre, fundamentalmente, por este tipo de clientes es algo que solo la transparencia permitirá apreciar”.

en el contexto poscolonial actual no se han detectado en sus informes atentados al derecho de autodeterminación por parte de fuerzas de seguridad privadas respecto de pueblos pendientes de descolonización o sometidos a dominación racista o extranjera. Ahora bien, en la medida que este principio tiene una dimensión democrática más amplia que la estrictamente anticolonial, resulta relevante poner de manifiesto la probada vinculación de ciertas EMP/ESP en los intentos de golpe de Estado en GuineaEcuatorial<sup>38</sup> y en la isla de Bougainville, en Papúa-Nueva Guinea<sup>39</sup>. Por otro lado, Cameron señala el apoyo de la empresa Executive Outcomes a los gobiernos de Angola y Sierra Leona en sus respectivas guerras contra grupos rebeldes de carácter insurgente o el empleo por la CIA de este tipo de empresas en la guerra contra las drogas (y contra las FARC) en Colombia<sup>40</sup>. En ningún caso puede afirmarse que las EMP/ESP sean actores autónomos en este tipo de acción, pues siempre actúan por encargo, pero ello no es óbice para valorar su participación en estos conflictos, aunque sea meramente instrumental, como claramente antidemocrática.

#### 4. Respetto de los propios empleados

Hasta el momento, hemos reportado supuestos varios de delincuencia común, delincuencia política y de violación de derechos humanos fundamentales, incluyendo Derecho Internacional humanitario. Resulta sin duda menos evidente la vulneración de los derechos sociales de los propios empleados de estas empresas militares privadas.

La imagen de las empresas militares privadas como vulneradoras de derechos humanos suele estar enfocada *ad extra*, hacia la población civil del lugar dónde actúan. Sin embargo, no hay que olvidar a los propios contratistas, empleados de estas empresas, que no siempre gozan de condiciones laborales dignas. En el imaginario colectivo, que desde luego viene confirmado por algunos informes, las EMP/ESP se nutren esencialmente de personas de pasado dudoso, algunas de las cuales han trabajado anteriormente para regímenes represivos, como en el paradigmático caso del apartheid sudafricano<sup>41</sup>. Sin embargo, junto a esta realidad, también hay mucha subcontratación a través de segundas, terceras y cuartas empresas privadas, en busca de personal barato y, normalmente, con escasa formación, en países en vías de desarrollo. Así, Bondia distingue dos categorías de mercenarios: los de alto nivel (anglosajones, ucranianos, etc.) y los que “ingresan en esta actividad llevados por la miseria y el hambre, que pueden

---

<sup>38</sup> Relato detallado de las interioridades del intento de golpe de estado y de la participación en él de grupos mercenarios en el blog del periodista Hernán Zin (2007, 21 nov): “Mercenarios: Mark Thatcher y el fallido golpe de Estado en Guinea Ecuatorial”, *20 minutos* [en línea en <http://blogs.20minutos.es/enguerro/post/2007/11/21/mercenarios-mark-thatcher-y-fallido-golpe-estado-en>, citado 27 may 12]. La participación en el asunto del hijo de Margaret Thatcher, Mark, le dio en su momento una cierta dimensión mediática.

<sup>39</sup> Comunicaciones recibidas por el Grupo de Expertos de las Naciones Unidas en el documento A/HRC/4/42, párrafos 18 y 23. Algunos medios de comunicación se han hecho eco también de la participación de mercenarios en presuntas tentativas de golpe de estado en países como Venezuela o Bolivia.

<sup>40</sup> Cfr. *op. cit.* Cameron, 20069: 576-577.

<sup>41</sup> Cfr. informes de 2007 (A/HRC/4/42), párrafo 33 y de 2008 (A/HRC/7/7), párrafo 47.

provenir de casi cualquier país del mundo"<sup>42</sup>. Los altos ejecutivos de estas empresas pueden llegar a percibir mil euros al día<sup>43</sup>; a los colombianos enviados por Blackwater a Iraq se les prometen 3 000 euros al mes y acaban encontrándose con pagas que apenas superan los 1 000 euros mensuales<sup>44</sup>.

Un ejemplo ilustrativo de hasta dónde llegan las violaciones de los derechos de los trabajadores de estas empresas es el asesinato el 4 de diciembre de 2006 en Honduras de un abogado de la Asociación para una Sociedad más Justa (ASJ), que estaba defendiendo a dieciséis antiguos empleados de dos empresas privadas de seguridad (Delta Security Services y Seguridad Técnica de Honduras). Estos habían planteado un pleito debido a diferencias sobre derechos laborales, como el incumplimiento de contrato y el impago de salarios<sup>45</sup>. Más allá de este caso especialmente grave, hay acusaciones contra EMP/ESP en el sentido de haber reclutado personal para enviarlo a países en conflicto como guardias de seguridad, pero que una vez allí se les ha asignado funciones militares para las que no fueron contratados y que no habían aceptado<sup>46</sup>. Todo ello no solo constituye una vulneración de los derechos de los trabajadores, sino que contribuye sin lugar a dudas a las violaciones de derechos humanos atribuidas a estas empresas. Según un comentarista citado por la ONU, "los contratistas privados, movidos por el miedo, a menudo abren fuego al azar en las calles de Bagdad y otras ciudades iraquíes para garantizar su prioridad y mantener la distancia con los demás vehículos"<sup>47</sup>. La falta de experiencia los puede convertir a ellos mismos en víctimas del conflicto. Como denuncian Gómez del Prado y Torroja, la empresa Blackwater "en 2004 envió a sus contratistas privados a una misión sin los medios de seguridad necesarios: todos los miembros de la operación perecieron en una emboscada a manos de los insurgentes iraquíes en Fallujah"<sup>48</sup>.

También se han denunciado casos de empleados de EMP/ESP en Iraq a quienes se impedía volver a sus países de origen<sup>49</sup>, así como casos de aislamiento, detenciones

---

<sup>42</sup> Bondia García (2009): "Un actor escasamente visualizado en el conflicto armado colombiano: los mercenarios" en Helena Torroja Mateu (dir.) y Sonia Güell Peris (coord.): *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas"*, Barcelona: J. M. Bosch: 155.

<sup>43</sup> Cfr. *op. cit.* Núñez Villaverde, 2009: p. 77.

<sup>44</sup> Cfr. *op. cit.* Bondia García, 2009: 155.

<sup>45</sup> Cfr. "Asesinan al apoderado legal de la Asociación para una Sociedad más Justa", 5 de diciembre de 2006, Equipo Nizkor [en línea en <http://www.derechos.org/nizkor/honduras/doc/dionisio.html>, citado 27 may 12]. Para consultar una referencia a acciones parecidas (contra trabajadores en huelga, por ejemplo) a cargo de empresas militares y de seguridad privadas en el contexto colombiano, cfr. *op. cit.* Bondia García, 2009: 149.

<sup>46</sup> Documento A/HRC/4/42, párrafos. 37 y 49. También, informe de 2008 (documento A/HRC/7/7), párrafo 39, según el cual, además de reclutamiento engañoso, los contratos contienen cláusulas abusivas que obligan a renunciar a algunos derechos, como el de actuar judicialmente contra la compañía por daños sufridos en el curso de la prestación de los servicios de seguridad.

<sup>47</sup> Documento A/HRC/4/42, párrafo 35.

<sup>48</sup> *Op. cit.* José L. Gómez del Prado, Helena Torroja Mateu, 2011: 35-36.

<sup>49</sup> Cfr. documento A/HRC/4/42, párrafo 49: "por ejemplo, la supuesta situación de 35 colombianos contratados por una empresa privada para prestar servicios de seguridad en el Iraq, que no pudieron volver a Colombia y a quienes la empresa contratante no pagó los salarios ni el pago para el viaje pese a haberse cumplido las condiciones de los contratos".

arbitrarias y trato degradante cuando los individuos han tratado de regresar a su país. Aún en el marco de los derechos sociales, existen denuncias de jornadas laborales excesivas, de hasta 16 horas de duración<sup>50</sup>.

Además de derechos laborales, el grupo de expertos también apunta a violaciones del derecho a la vida y a la salud de los contratistas, por cuanto se les niega el acceso a servicios médicos cuando son heridos e incluso se les obliga a seguir trabajando<sup>51</sup>.

Así pues, parece ampliamente probado que las situaciones de violación de los derechos sociales reconocidos en el PIDESC y en los principales tratados de la OIT contra los propios empleados de estas empresas militares privadas no son ni mucho menos esporádicas y que deben incorporarse al amplio catálogo de incumplimientos señalado más arriba. También aquí la impunidad es la regla. Como apunta Núñez, en estos casos “rastrear la identificación de los responsables y ubicar la sede a la que reclamar se convierten a menudo en ejercicios desesperantes y que solo llevan a la impotencia para los trabajadores y para cualquier funcionario público interesado en llegar a la exigencia de responsabilidades”<sup>52</sup>.

#### **IV. Las responsabilidades por las violaciones de derechos humanos**

##### **1. Estatuto jurídico de las empresas militares y de seguridad privadas e impunidad**

Ante todo, conviene poner de manifiesto que las anteriores vulneraciones de derechos humanos, incluyendo el Derecho Internacional humanitario, no constituyen un problema de vacío o laguna legal. En un contexto de conflicto armado, el Derecho Internacional humanitario es aplicable a todos los actores: Estado, fuerzas armadas, civiles, paramilitares, etc. y también a estos contratistas armados. Como señala Pastor Palomar: “Las empresas privadas no son sujetos del Derecho Internacional, pero todas las partes en un conflicto armado tienen la responsabilidad de respetar el Derecho Internacional humanitario y el Derecho Internacional de los derechos humanos”<sup>53</sup>. De esta manera hay que entender la resolución 1790 (2007) del CS de la ONU cuando, en relación con el conflicto iraquí, afirma la importancia de que “todas las partes, incluidas las fuerzas extranjeras” actúen de conformidad con el “Derecho Internacional, incluidas las obligaciones que les imponen el Derecho Internacional humanitario, las normas internacionales relativas a los derechos humanos y el Derecho Internacional relativo a los refugiados” y que además todas ellas “deberían tomar todas las medidas posibles para asegurar la protección de los civiles afectados”<sup>54</sup>. Con todo, no deja de

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, párrafo 50.

<sup>51</sup> *Ibidem*. Cfr. documento A/HRC/7/7, párrafo 40.

<sup>52</sup> *Op. cit* Núñez Villaverde, 2009: 78.

<sup>53</sup> *Op. cit*. Pastor Palomar, 2008: 436.

<sup>54</sup> Resolución 1790 (2007) del CS, de 18 de diciembre de 2007, sobre la situación relativa a Iraq.

resultar significativo que esta modesta referencia se produzca en el preámbulo de la resolución, no en la parte dispositiva, más de cuatro años después de la ocupación norteamericana, pocos meses después del incidente de septiembre de 2007 relatado más arriba.

Respecto de su estatuto jurídico, coincido con Cameron en que las EMP/ESP no forman parte de las fuerzas armadas regulares ni sus empleados reúnen las condiciones para ser consideradas combatientes conforme a las disposiciones aplicables del Derecho Internacional humanitario<sup>55</sup>. Si eso es así, deben en consecuencia ser consideradas personas civiles y, como tales, de un lado, no deberían ser objeto de ataques, pero del otro no tienen tampoco derecho a utilizar armas de fuego. Así pues, como subraya el CICR, “si realizan actividades que equivalen a participar directamente en las hostilidades, pierden la protección contra los ataques”. En todo caso, añade, “deben respetar las normas del Derecho Internacional humanitario”<sup>56</sup>. En fin, en el momento que este personal civil empuña y utiliza armas se convierte en combatiente no privilegiado, con los mismos derechos y obligaciones que la población civil de manera que, si bien están protegidos por la cuarta Convención de Ginebra, el artículo 3 común y el derecho consuetudinario aplicable, “pueden ser juzgados por los tribunales nacionales por el mero hecho de participar en las hostilidades”<sup>57</sup>, lo que no sucede en el caso de los combatientes legítimos. En realidad, si recordamos lo que hemos dicho al inicio de la anterior sección, ese es precisamente el efecto jurídico que buscaba el protocolo I en su definición de los mercenarios, lo que no deja de representar una cierta justicia poética en todo este sórdido asunto.

Si no hay problema de vacío legal, lo que realmente resulta preocupante es la impunidad, de iure y de facto, de que gozan estas compañías, sus contratistas y, eventualmente, los Estados para los que unas y otros trabajan. Según los informes de las Naciones Unidas que venimos manejando, “las EMP/ESP en Iraq funcionan por lo general sin ningún control, sin visibilidad, sin tener que rendir cuentas más allá de la propia empresa privada, y con total impunidad”<sup>58</sup>. Así, por ejemplo, en relación con las violaciones de derechos humanos de todos conocidas cometidas en la cárcel de Abu Ghraib, hubo dos empleados de EMP/ESP acusados de participar en los hechos que no fueron siquiera objeto de investigación externa, ni mucho menos sancionados judicialmente,<sup>59</sup> a diferencia de los militares norteamericanos (o algunos de ellos)

---

<sup>55</sup> Cfr. *op. cit.* Cameron, 2006: 582-587. La mayor parte de la doctrina tiene una actitud más ambigua. Por ejemplo, Pozo Serrano y Hernández Martín afirman que “no cabe adscribir a los empleados de las CMSP dentro de una u otra [categoría] en bloque. Su concreto estatuto jurídico deberá ser determinado, en cada caso, atendiendo a su grado de integración en la estructura militar y a la naturaleza de los servicios que estén prestando” (cfr. Pozo Serrano y Hernández Martín [2007]: “El marco jurídico de las CMSP. Reflexiones a propósito de la experiencia de Iraq”. *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXIII: 330).

<sup>56</sup> CICR (2006): “La privatización de la guerra”. Del mismo modo, en la medida que el Derecho Internacional de los derechos humanos también sea aplicable en situaciones de conflicto armado, las obligaciones que de él dimanen han de ser exigibles a todos los sujetos relevantes.

<sup>57</sup> *Op. cit.* Pastor Palomar, 2008: 437.

<sup>58</sup> Documento A/HRC/4/42, párrafo 31.

<sup>59</sup> Cfr. documento A/61/341 (2006), párrafo 69.



que participaron en los sucesos<sup>60</sup>. A la petición de explicaciones de los organismos internacionales competentes ante esta situación, el gobierno americano respondía en 2006 que “el personal bajo contrato de los Estados Unidos se encuentra bajo la dirección de la Coalición y está sujeto a la jurisdicción penal de los tribunales federales estadounidenses”<sup>61</sup>. Pero ello no debía ser del todo cierto, como prueba que el Congreso iniciara los trámites para adoptar esta legislación a finales de 2007, tal como hemos relatado más arriba. Además, como notaba el grupo de expertos de la ONU, “según la información disponible, de los 20 casos de civiles de los que se sospecha que han cometido actos delictivos solo en uno se ha declarado a un contratista culpable de cargos de agresión en relación con la muerte de un detenido en el Afganistán. En el Iraq no se ha enjuiciado a ningún contratista militar privado”<sup>62</sup>.

Dos argumentos se apuntan para explicar este insólito grado de impunidad. En primer lugar, la existencia de una cada vez más tupida red de tratados bilaterales que ofrecen inmunidad a los ciudadanos de las partes, incluido el personal de las EMP/ESP, en los procedimientos judiciales nacionales e impiden también iniciar procesos contra esas personas ante la CPI. Estados Unidos los ha firmado, por ejemplo, con Ecuador y Colombia<sup>63</sup>, dos países en los que operan este tipo de compañías. En Iraq no ha sido necesario, debido a la vigencia hasta hace poco de la Orden dictada durante la ocupación del territorio que garantizaba la inmunidad absoluta de los contratistas privados<sup>64</sup>. En segundo lugar, existe una gran opacidad contractual. Como señala el grupo de trabajo en su informe de 2008, las contrataciones norteamericanas a EMP/ESP para actuar en países como Afganistán o Iraq pueden a su vez ser subcontratadas una o varias veces en terceros países, a menudo a través de compañías ficticias, que ni siquiera están registradas. O, cuando lo están en Estados Unidos, las empresas militares privadas procuran fundar el contrato en alguna legislación extranjera que sea más permisiva que la de su país (en términos, por ejemplo, de obligaciones aseguradoras)<sup>65</sup>. Todo ello hace muy difícil determinar qué legislación nacional es aplicable y qué tribunales son competentes para conocer de los hechos delictivos cometidos por contratistas o las violaciones de derechos humanos atribuibles a sus empresas.

---

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, el soldado Charles Graner fue condenado por estos hechos a diez años de privación de libertad en enero de 2005 (cfr. “Garner gets ten years”, CBS News [en línea en <http://www.cbsnews.com/stories/2005/01/10/iraq/main665758.shtml?CMP=ILC-SearchStories>, citado 27 may 12]) y la soldado Lynndie England, a tres años, en septiembre del mismo año (cfr. “Abu Ghraib: Lynndie England, culpable”, BBC [en línea en [http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/international/newsid\\_4285000/4285118.stm](http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/international/newsid_4285000/4285118.stm), citado 27 may 12]).

<sup>61</sup> Documento A/61/341 (2006), párrafo 69.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párrafo 70. En el caso de Iraq, alguna cosa ha cambiado con posterioridad a la publicación de este informe, como tendremos ocasión de mencionar más adelante.

<sup>63</sup> Informe del Grupo de Expertos en el documento A/HRC/4/42, párrafo 55.

<sup>64</sup> El nuevo Acuerdo sobre el Estatus de las Fuerzas (Status of Forces Agreement) entre ambos países, firmado el 17 de noviembre de 2008 y vigente desde el primero de enero de 2009 reconoce la jurisdicción iraquí sobre el personal militar norteamericano y los contratistas no iraquíes, si bien con importantes excepciones tanto geográficas (tipo zona verde) como materiales (solo fuera de servicio). Texto del acuerdo en línea en [http://en.wikisource.org/wiki/Status\\_of\\_Forces\\_Agreement,\\_2008](http://en.wikisource.org/wiki/Status_of_Forces_Agreement,_2008) [citado 27 may 12].

<sup>65</sup> Cfr. documento A/HRC/7/7, párrafos 33 y 51.

A efectos de superar la impunidad con la que se mueven las empresas militares privadas, y sobre todo de lavar su imagen, algunas de las asociaciones que las integran han promovido la auto-regulación a través de códigos de conducta que incorporan las normas básicas de derechos humanos y derecho humanitario<sup>66</sup>. Sin embargo, las limitaciones de este tipo de instrumentos son evidentes y más bien habría que actuar normativamente en un triple plano de responsabilidad: la del Estado, la de las empresas y la de los individuos. Hacerlo de manera efectiva requiere sencillamente que exista voluntad política por parte de los distintos Estados que están implicados en el envío y recepción de las empresas militares privadas<sup>67</sup>.

## 2. La responsabilidad del Estado

En primer lugar, es necesario recordar que el uso de la coerción y de la fuerza armada son una atribución soberana del Estado, tanto *ad intra* (para proteger el orden público, a través principalmente de la policía) como *ad extra* (en aras a la seguridad exterior, mediante las fuerzas armadas). Tanto si se considera legítima la tendencia a la privatización del uso de la fuerza, como si no, la responsabilidad última en el plano internacional debe corresponder al Estado soberano o colectivamente a los Estados que la contratan o permiten. En este contexto, el grupo de trabajo recuerda que existe una obligación del Estado “de ejercer la debida diligencia para prevenir y castigar los abusos cometidos por agentes no estatales”. Y añade que los Estados deben “adoptar medidas legislativas y de otro tipo con miras a garantizar que las víctimas tengan acceso a los [recursos] efectivos determinados y aplicados por las autoridades pertinentes”<sup>68</sup>. En otras palabras, los Estados, a la vez que ceden sus competencias en materia de seguridad a empresas privadas extranjeras, tienen la obligación insoslayable de articular mecanismos jurídicos y procesales para establecer la responsabilidad de estas empresas. En caso contrario, su inacción genera responsabilidad internacional.

Establecido lo anterior, conviene señalar que el Estado a que nos estamos refiriendo es, en primer lugar, aquel Estado en cuyo territorio operan estas compañías. La soberanía territorial del Estado, que le ampara en el monopolio de la violencia, conlleva la responsabilidad primera del mal uso de dicha fuerza. La misma responsabilidad se extiende, en el contexto de un conflicto armado internacional, a las potencias ocupantes, aunque este estatuto pueda ser dudoso en algún caso concreto, como en el de Iraq o Afganistán, donde gobiernos formalmente independientes mantienen una “invitación” permanente a las tropas de las coaliciones internacionales. Finalmente,

---

<sup>66</sup> *Ibíd.*, párrafo 37. Destacan entre ellas la iniciativa de un conglomerado de EMP/ESP, con el apoyo de la Confederación Helvética, de elaboración de un código global de autorregulación, con mecanismo de queja incluido. Con carácter general, respecto de la iniciativa suiza, cfr. “Private military and security companies”, Confederación Suiza [en línea en <http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/pse.html>, citado 27 may 12]. Para leer una opinión muy crítica con esta iniciativa, cfr. *op. cit.* José L. Gómez del Prado, Helena Torroja Mateu, 2011: 50-60.

<sup>67</sup> Cfr. *op. cit.* Human Rights First (2008): “Private security contractors at war. Ending de culture of impunity”: 30-31.

<sup>68</sup> Documento A/HRC/7/7, párrafo 58.

lo que nos debe guiar es el criterio del control efectivo del territorio y de la autoridad política sobre las empresas militares privadas; es decir, qué Estado ha contratado los servicios de la EMP/ESP. En este sentido, vale la pena recordar que la CDI en su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos considera hecho del Estado según el Derecho Internacional: “el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa personas o grupo de personas actúa de hecho por *instrucciones* [cursiva del autor] o bajo la *dirección* [cursiva del autor] o el *control* [cursiva del autor] de ese Estado al observar ese comportamiento”<sup>69</sup>.

En síntesis, uno o más Estados<sup>70</sup> son responsables internacionalmente cuando controlan, dirigen o simplemente instruyen la labor de una EMP/ESP, es decir, cuando se benefician de la labor que esta desempeña. Y también, cuando amparan jurídicamente, por ley o tratado, su impunidad.

La combinación de los criterios de soberanía formal y control efectivo no resuelve todos los interrogantes respecto de la atribución de responsabilidad internacional al Estado, pues existen situaciones proclives a la presencia de EMP/ESP en las que la identificación de la primera sea superflua y del segundo, imposible. Piénsese, en primer lugar, en el caso de los Estados desestructurados, como Somalia o en su momento Sierra Leona, con escaso o nulo control sobre su propio territorio. Reivindicar la responsabilidad del Estado en este tipo de supuestos puede resultar un ejercicio completamente vacío. Por otro lado, en segundo lugar, a menudo habrá dificultades de prueba del vínculo entre la empresa militar privada y un Estado que no sea el del territorio: por ejemplo, cuando una compañía de seguridad defiende a otra compañía privada, extractiva pongamos por caso, que a su vez ha sido beneficiada con una concesión petrolífera, en Iraq sin ir más lejos, por parte de un Gobierno más o menos soberano. Determinar qué Estado controla, dirige o instruye, por utilizar los términos de la CDI, a la empresa militar o de seguridad privada puede ser una tarea poco menos que imposible. De ahí la necesidad de ir un paso más allá de la clásica responsabilidad internacional del Estado hacia otros tipos de responsabilidades. Como señala Clapham, “examinar la responsabilidad del Estado no permite obtener una visión de conjunto: un enfoque más exhaustivo exige preguntarse hasta qué punto existe una responsabilización directa de las propias empresas en virtud de las normas y los procedimientos internacionales”<sup>71</sup>.

### 3. Responsabilidad corporativa

Si los Estados pueden ceder el monopolio del uso de la fuerza a las EMP/ESP, es necesario plantearse, como hace el grupo de expertos de la ONU, cuáles son exactamente

---

<sup>69</sup> Artículo 8 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, documento A/56/10.

<sup>70</sup> En este sentido, aunque en otro contexto, el relator especial de la CDI sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales ha reconocido que, con carácter general, “una conducta no tiene por qué atribuirse necesariamente a un único sujeto”. Gaja (2004): “Second Report on Responsibility of International Organizations”, documento A/CN.4/541, de 2 de abril de 2004: 3.

<sup>71</sup> *Op.cit.* Clapham, 2006: 27.

las obligaciones y las responsabilidades en materia de derechos humanos de los agentes no estatales<sup>72</sup>. De entrada, sabemos que estas empresas no son sujetos de Derecho Internacional, pero ello no impide que sean destinatarias de normas jurídicas internacionales a través de la jurisdicción nacional<sup>73</sup>. En este ámbito, dado que las empresas actúan a través de sus empleados, la clave de la cuestión radica en la aplicación de dos principios clásicos de la “culpa” en derecho civil<sup>74</sup>:

- *Culpa in eligendo*: existe responsabilidad corporativa en la medida que las violaciones son cometidas por un personal de EMP/ESP escasamente capacitado, con escaso control, y que realiza funciones militares sin entender claramente las líneas de control, tal como denuncian repetidamente los informes del grupo de trabajo sobre mercenarios de las Naciones Unidas<sup>75</sup>.
- *Culpa in vigilando*: del mismo modo, las EMP/ESP son responsables de la falta de verificación y control de las actividades ilegales de sus empleados. Así por ejemplo, según el informe de grupo de expertos correspondiente al año 2006 en relación con las violaciones de derechos humanos en la cárcel de Abu Ghraib, las funciones militares realizadas por los dos contratistas privados acusados de participar en los hechos se realizaban sin unos mecanismos de control ni de rendición de cuentas.

A ello hay que añadir, naturalmente, la exigencia de responsabilidades directas por la violación de los derechos sociales de los trabajadores de estas compañías.

En definitiva, para poder reclamar uno y otro tipo de responsabilidad es necesario un buen sistema legislativo y de justicia a escala nacional. Con el añadido de que en este caso no solo tiene que actuar el Estado receptor de las fuerzas de seguridad privada, sino también el emisor. En Estados Unidos, por ejemplo, a través de la Ley de reclamaciones por agravios contra extranjeros (Alien Tort Claims Act), ha habido decisiones judiciales que han considerado a empresas privadas como responsables por la violación del Derecho Internacional de los derechos humanos<sup>76</sup>. En este sentido, además, entre las recomendaciones del grupo de trabajo en su citado informe del año 2006, cabe destacar aquí que todos los Estados deberían, respecto de las EMP/ESP que se encuentren bajo su jurisdicción:

- prohibir de manera específica su participación en los conflictos armados internos o internacionales o en actos destinados a desestabilizar regímenes constitucionales;

---

<sup>72</sup> Documento A/HRC/4/42, párrafo 67.

<sup>73</sup> “El Derecho Internacional de los derechos humanos también define las relaciones entre los individuos obligándoles a respetarse mutuamente. Si bien son los Estados los que firman y ratifican los tratados internacionales, no son ellos los únicos sujetos a las obligaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Empezando por el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ‘todas las personas tienen deberes frente a la comunidad’ (*op. cit.* Joana Abrisketa, 2007: 12).

<sup>74</sup> Cfr. Agustín Macías Castillo (2007): “Culpa in eligendo y culpa in vigilando”. *Actualidad Civil*, 15: 1 830-1 833.

<sup>75</sup> Cfr. documento A/HRC/4/42, párrafo 51.

<sup>76</sup> Casos citados en *op. cit.* Clapham, 2006: 28.

- incluir aspectos de derechos humanos y de Derecho Internacional humanitario en los programas de educación y entrenamiento que se ofrecen al personal de las EMP/ESP<sup>77</sup>.

En un informe más reciente, el grupo de trabajo pone el énfasis en la responsabilidad de los gobiernos de origen de las EMP/ESP y les pide, entre otras cosas, que adopten la legislación y los mecanismos de control y verificación que sean necesarios para evitar y sancionar las violaciones de derechos humanos, incluyendo un sistema de registro y licencia que autorice a estas compañías a actuar y que permita que sean sancionadas cuando no respeten la legalidad<sup>78</sup>. De nuevo, se trata de medidas de puro sentido común, pero inexistentes en muchos casos, lo que no hace sino amparar la impunidad de las empresas militares privadas.

#### 4. Responsabilidad internacional del individuo

En relación con la responsabilidad individual, nos referimos aquí tanto a la del soldado de fortuna desplegado sobre el terreno como a la eventual responsabilidad personal de los gestores de las sociedades privadas de seguridad. Y solo a la de carácter puramente internacional, no a la de carácter penal ordinario, que debería venir exigida bien por el Estado del territorio, bien por el de la nacionalidad, lo que no siempre ocurre. En el caso de Iraq, por ejemplo, los empleados no iraquíes de las EMP/ESP norteamericanas “quedan sometidos a la Military Extraterritorial Jurisdiction Act” del año 2000 “o al Código Uniforme de Justicia Militar” reformado en 2006. Pastor Palomar (con datos de 2008) reconoce que solo en una ocasión se ha aplicado el código y aunque la Ley de jurisdicción militar extraterritorial lo ha sido en 58 ocasiones, solo en 13 casos ha llegado a abrirse un proceso ante un tribunal norteamericano<sup>79</sup>.

Volviendo a la responsabilidad internacional del individuo, hay que recordar que desde sus inicios este tipo de responsabilidad penal se ha construido de manera autónoma a la responsabilidad del Estado: un mismo hecho puede, simultáneamente, comprometer una y otra responsabilidad, al constituir por un lado acto de Estado, en violación de una obligación internacional; y, de otro, un acto atribuible a una persona física, órgano o no de tal Estado, que constituye un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad<sup>80</sup>. No cabe duda, por tanto, que con independencia de la eventual responsabilidad de algún Estado, el contratista privado puede incurrir en responsabilidad internacional de manera individual.

El mayor inconveniente reside en que dicha responsabilidad, que podemos ver expresada de manera emblemática en el Estatuto de la CPI, solo recoge los crímenes internacionales más graves: genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de

---

<sup>77</sup> Cfr. documento A/61/341, párrafo 76. Cuestiones reiteradas en su informe de agosto de 2008 en doc. cit. A/63/325.

<sup>78</sup> Cfr. apartado de recomendaciones del documento A/HRC/7/7, párrafo 60.

<sup>79</sup> Cfr. op. cit. Pastor Palomar, 2008: 445-446.

<sup>80</sup> Cfr. Juan M. Gramajo (2003): *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma: 72.

guerra. Los dos primeros tienen unos elementos de masividad y sistematicidad que difícilmente van a concurrir en supuestos prácticos protagonizados por contratistas individuales, aunque tal vez sí por las políticas de los gestores de algunas de estas empresas. Los crímenes de guerra, en cambio, son más concretos: lo serían por ejemplo las torturas y vejaciones a prisioneros de guerra, aún con carácter individual y puntual<sup>81</sup>. Por otro lado, la CPI solo tiene jurisdicción respecto de individuos cuyos Estados de nacionalidad o del territorio en el que se han cometido los crímenes sean parte en su Estatuto, lo que no es el caso de Iraq ni de Estados Unidos<sup>82</sup>.

Tal como sucede con otras formas de crímenes internacionales, las jurisdicciones nacionales son las primeras que deben perseguir, y condenar, a los presuntos responsables; como de hecho ha ocurrido en algunas ocasiones<sup>83</sup>. Además, el Estatuto de la CPI no excluye la jurisdicción del Alto Tribunal para conocer de crímenes cometidos por individuos que no se hallen encuadrados en fuerzas armadas regulares. Una posibilidad que, conforme al principio de complementariedad de la Corte, no impide sino que se añade a la solución tradicional de dejar la persecución penal de estos crímenes a los Estados de origen o destino de estas personas<sup>84</sup>.

## V. Consideraciones finales

En una panorámica más amplia a la que hemos manejado hasta el momento, se constata en nuestros días que el problema de la vulneración de derechos humanos por parte de individuos contratados por empresas militares y de seguridad privada no se limita a la esfera internacional ni al contexto de los conflictos armados. Dos circunstancias que no hemos mencionado hasta ahora ayudan a poner las cosas en sus justos términos.

En primer lugar, el vertiginoso aumento de la seguridad privada en el plano nacional. En este sentido, la Recomendación 1713 (2005) de la Asamblea Parlamentaria del COE hace constar que en los Estados miembros de esta organización el número de personas que prestan servicios privados de seguridad supera ya el de los efectivos de la policía. Asimismo se observa que, de tener un alcance y un campo de acción más limitado, los servicios de seguridad cada vez abarcan más esferas tradicionalmente reservadas a la policía pública. En otras palabras, la cesión soberana de la coerción

---

<sup>81</sup> Cfr. artículos 5 a 8 del Estatuto de la CPI.

<sup>82</sup> Distinto es el caso de Afganistán, que sí ha consentido en el Estatuto y en el que también operan las EMP/ESP (*op. cit.* Pastor Palomar, 2008: 443).

<sup>83</sup> Cfr. Geert-Jan Kooops, A.: *The Prosecution and Defense of peacekeepers under International Criminal Law*, Ardsley (Nueva York): Transnational Publishers: 21.

<sup>84</sup> En este sentido, constituye una excelente noticia la demanda presentada por las víctimas iraquíes de torturas perpetradas en Abu Ghraib por contratistas privados en Estados Unidos cfr. agencia de noticias AFP [2008, 30 jun]: "Ex-Abu Ghraib inmates sue us firms for torture" [en línea en <http://afp.google.com/article/ALeqM5gROPg2e2CXQULZxrFLEK1Gz7DstQ>, citado 27 may 12]).



no se restringe al ámbito militar exterior, sino que es tanto más frecuente en el policial doméstico<sup>85</sup>.

Por otro lado, en segundo lugar, no puede obviarse que la propia ONU ha contratado los servicios de empresas militares privadas en diversas ocasiones, especialmente en zonas en que se están desarrollando conflictos armados. Uno de los informes del grupo de trabajo cita el caso concreto de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo<sup>86</sup>. Según Bayarri y Martínez, también las operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU en Angola (UNAVEM I y II), Congo (MONUC) y Sierra Leona (UNAMSIL) han recibido apoyo logístico, de asesoría o de escolta de empresas militares y de seguridad privadas.<sup>87</sup> Además, ha habido argumentos serios —con *lobby* incluido por parte de las EMP/ESP<sup>88</sup>— en el sentido de que los contratistas privados podrían proveer ya no apoyo, sino directamente las tropas de las operaciones de mantenimiento de la paz con mucha mayor rapidez, profesionalidad, equipamiento, etc. que las tropas mal equipadas y peor entrenadas que a menudo proveen países en vías de desarrollo.

De todo lo anterior se desprende que el fenómeno de la presencia de personal dependiente de empresas privadas que desempeña funciones militares o de seguridad en contextos de conflicto armado por encargo de uno o más Estados soberanos va a continuar presente en las relaciones internacionales por tiempo indefinido<sup>89</sup>. De lo que se trata por tanto es que estos actores respeten los estándares universales de derechos humanos, incluyendo el Derecho Internacional humanitario; y que si no lo hacen, sus conductas sean perseguidas y castigadas. Cuando tienen lugar hechos como los que hemos descrito en estas páginas, el problema no suele ser de calificación jurídica. Nos hallamos ante violaciones claras de normas internacionales de derechos humanos. El reto desde el punto de vista jurídico y práctico es evitar la impunidad. Esta cuestión solo se puede abordar a partir de reafirmar que son las autoridades públicas las que tienen la misión fundamental de garantizar la seguridad de la sociedad por medio del imperio de la ley. Desde esta perspectiva, las situaciones de impunidad que se suceden en la actualidad no pueden considerarse un accidente o la consecuencia de una laguna jurídica, sino que a menudo son el fruto de una política deliberada diseñada por

---

<sup>85</sup> Un informe del grupo de trabajo se hace eco de esta tendencia al señalar que en paralelo a la privatización de la guerra en el plano internacional, se ha incrementado también la demanda en todo el mundo de seguridad privada y de protección de la propiedad en el plano local (cfr. documento A/HRC/7/7, párrafo 23).

<sup>86</sup> Cfr. documento A/61/341, párrafo 72.

<sup>87</sup> Cfr. *op. cit.* Bayarri, Martínez, 2009: 99.

<sup>88</sup> Cfr. documento A/HRC/7/7, párrafo 34.

<sup>89</sup> España no escapa completamente al fenómeno. Aunque el Ejército español solo subcontrata servicios logísticos y de consultoría, que en ningún caso representan una privatización del uso de la fuerza armada (cfr. *op. cit.* Laguna Sanquirico, 2009: 59-61), recientemente se ha planteado la utilización de agentes privados para la seguridad de los buques atuneros que faenan ante las costas de Somalia y otros países, infestadas de piratas. Tras algunas dudas, el ministerio del Interior (que no Exteriores o Defensa, dato significativo) ha autorizado el uso de seguridad privada en esos buques (cfr. “Los atuneros podrán repeler los ataques piratas con rifles de largo alcance”, *El País*, 16 de septiembre de 2009). Informaciones aparecidas posteriormente (*El Periódico de Catalunya*, 5 de marzo de 2010; *El País*, 6 y 15 de marzo de 2010; *Deia*, 18 de mayo de 2011) confirman que estas fuerzas de seguridad privadas ya están embarcadas y han conseguido repeler algunos ataques piratas.



los propios gobiernos que contratan los servicios de estas compañías o que permiten el desarrollo de sus actividades en su territorio.

La experiencia del caso Blackwater en Iraq demuestra que con la adecuada información y la presión de la opinión pública esta situación se puede revertir; que puede aprobarse la legislación necesaria y pueden concertarse los acuerdos internacionales adecuados para evitar la impunidad. Tanto es así que en Estados Unidos se ha llegado a celebrar un juicio por homicidio contra seis agentes de la compañía Blackwater por los hechos descritos al inicio de este trabajo. Y aunque en un principio los cargos fueron desestimados por un juez federal al considerar que se habían vulnerado los derechos de los acusados<sup>90</sup>, en la actualidad el Tribunal Federal de Apelación ha reabierto el caso contra cuatro de ellos<sup>91</sup>. Además, el Gobierno de Iraq ha decidido por el mismo motivo revocar la licencia de Blackwater para operar en el país<sup>92</sup>. Este no es en absoluto el principio del fin de las EMP/ESP o de la presencia de estas en Iraq. De hecho, la administración norteamericana ya ha contratado una nueva compañía privada para realizar las funciones militares y de seguridad que venía encomendando a la citada empresa en Iraq<sup>93</sup>. Pero estos hechos ponen de manifiesto que los nuevos contratistas deberán ser mucho más escrupulosos en el ejercicio de sus funciones de lo que ha sido la controvertida Blackwater si no quieren que caiga sobre ellos todo el peso de la Ley.

---

<sup>90</sup> Yolanda Monge (2010, 1 ene): "Desestimados los cargos contra los acusados de Blackwater", *El País*. El gobierno de Estados Unidos ha recurrido esta decisión. Cfr. también *op. cit.* Charlier, 2010: p. 15.

<sup>91</sup> James Risen (2011, 22 abr): "Ex-Blackwater Guards Face Renewed Charges", *The New York Times*.

<sup>92</sup> *El Periódico de Catalunya*, 30 de enero de 2009.

<sup>93</sup> La decisión se tomó en enero de 2009, pero el 3 de septiembre de 2009, "EE. UU. prolongó temporalmente un contrato en Iraq con Presidential Airways, una filial de la empresa de seguridad privada Xe, antes Blackwater, pese a que Bagdad no ha renovado la licencia a la firma para operar en el país". La razón esgrimida fue que "DynCorp International, que tenía que asumir a partir del jueves el contrato de Xe en Iraq, ha pedido más tiempo para el "relevo" de las tareas de seguridad de una firma a otra por motivos logísticos" ("EE. UU. prolonga temporalmente un contrato para una firma Blackwater en Iraq", Agencia Efe, 2 de septiembre de 2009 [en línea en <http://noticias.terra.com/articulos/act1927006>, citado 27 may 12]). Finalmente, Iraq expulsó a todos los contratistas de Blackwater presentes en su territorio en febrero de 2010 (Jane Arraf [2010, 10 feb]: "Blackwater security contractors ordered out of Iraq", *The Christian Science Monitor*, [en línea en <http://www.csmonitor.com/World/2010/0210/Blackwater-security-contractors-ordered-out-of-Iraq>, citado 27 may 12]).

# El conflicto de Iraq y el patrimonio cultural

NÚRIA CAMPS MIRABET

Profesora titular de Derecho Internacional Público

Miembro del grupo de investigación  
sobre Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial  
Universidad de Lleida

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes de hecho. III. La destrucción del patrimonio y la reacción en el plano internacional. IV. Normativa aplicable a la conducción de las hostilidades (*ius in bello*): 1. Instrumentos del Derecho Internacional humanitario: 1.1. Reglamento anexo a la cuarta Convención de La Haya, de 18 de octubre de 1907, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; 1.2. Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (1954); 1.3. Cuarto Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; 1.4. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados Internacionales (protocolo I), de 8 de junio de 1977; 2. Principios del Derecho Internacional humanitario consuetudinario: 2.1. La Convención sobre el patrimonio mundial, cultural y natural, de 1972; 3. Derecho penal internacional. V. Consideraciones finales.

## I. Introducción

Los conflictos armados además del sufrimiento humano que generan que es el más terrible, ocasionan otra clase de víctimas: el patrimonio cultural y artístico, destrozado no solo por los ataques armados directos que este sufre, sino también por los actos de vandalismo que los suelen acompañar.

En la Antigüedad, un monumento histórico o una obra de arte, carecían de cualquier privilegio. En caso de conflicto armado, era habitual recurrir al saqueo de los bienes

enemigos sobre la base de un *ius predae* que constituía un modo válido de adquisición de la propiedad, y era práctica común arrasar la ciudad conquistada. El único límite era el respeto a los edificios sagrados dedicados al culto religioso, sin embargo, los templos no se respetaban por el valor intrínseco del bien cultural, sino por su naturaleza religiosa debido a que, lo divino o sagrado estaba estrechamente vinculado a la guerra.

Es imposible calcular el número de obras de arte destruidas, algunas de las cuales formarían parte de lo que hoy se denomina patrimonio mundial; con lo cual con su desaparición no solo se ha empobrecido el patrimonio de un pueblo, sino que es el patrimonio común de la humanidad el que se ha visto mermado<sup>1</sup>.

La destrucción de los bienes culturales era considerada como una consecuencia inexorable de la guerra y el derecho de botín se concebía como ley general<sup>2</sup>. En esta etapa no existían normas comúnmente aceptadas que regularan la conducta de los beligerantes, pudiendo estos valerse de todos los medios. No obstante, esta ley general, que es característica de un período tan extenso de la historia de la humanidad, en el que se desarrollan civilizaciones tan diversificadas, también conoce sus inflexiones, matices y excepciones. En Oriente Próximo y Asia Menor, durante el período de los cinco grandes reinos o imperios (Babilonia, Egipto, el reino hitita de Asia Menor, el de Mitanni al noroeste de Mesopotamia y Asiria), la guerra no se beneficiaba de una regulación que atenuara sus excesos y crueldades. A pesar de ello, se ha distinguido la práctica babilona y, sobre todo, asiria<sup>3</sup>, caracterizada por su extrema impiedad, del comportamiento de los egipcios y los hititas, mucho más humano.

El territorio de Iraq está situado en una encrucijada entre Oriente y Occidente, por lo que se ha calificado como cuna de civilizaciones: allí nació la escritura, las primeras prácticas agrícolas, el asentamiento de los primeros hábitats urbanos, una de las primeras codificaciones jurídicas<sup>4</sup>, etc. Su patrimonio cultural singular se distingue por una aportación de sucesivos reinados desde más de cinco mil años a. de C.: sumerios, babilonios, asirios, aqueménidas y abasidas. El fértil valle de Mesopotamia, situados

---

<sup>1</sup> En este contexto, se enmarca la destrucción de dos ciudades que eran centros de cultura muy prestigiosos, se trata de Cartago y Corinto, siendo esta última especialmente rica en monumentos artísticos. A ello hace referencia el testimonio de Cicerón ("De officiis", I, 11), citado en Antonio Filippo Panzera (1993): *La tutela internazionale dei beni culturale in tempo di guerra*, Torino: G. Giappichelli Editore: 13.

<sup>2</sup> "C'est une loi universelle et éternelle que, dans une ville prise par des ennemis en état de guerre, tout, et les personnes, et les biens appartiennent aux vainqueurs", (Jenofonte: *Cyropédie*, VII, 5, 73), citado por Jiri Toman (1994): *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, París: UNESCO: 18.

<sup>3</sup> Una explicación razonable de esta diferencia, se atribuye a la amenaza constante de los vecinos nómadas que Egipto no sentía por razones de mayor aislamiento geográfico. Sin embargo, esta razón no parece suficiente para justificar la crueldad de sus respectivas denominaciones. Mientras en el caso babilonio la técnica de dominación parecía basarse en la organización, en el caso asirio es factible la identificación de la práctica del terror como una técnica de dominio (Antonio Truyol y Serra (1991): *Historia del derecho y del Estado*, III vol., Madrid: Alianza Editorial, vol. I: 34). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la Asiria que destruye las ciudades, que conquista hasta los cimientos, es la segunda Asiria; es decir, aquella que surge a partir de mediados del siglo XIV a. de C. (Manuel Medina Ortega (1983): *Teoría y formación de la sociedad internacional*, Madrid: Editorial Tecnos: 259-260).

<sup>4</sup> Se trata del código de Hammurabi (1692 a. de C.) que tenía como finalidad homogeneizar jurídicamente el reino de Hammurabi, es una de las recopilaciones legislativas mejor conservadas de la antigua Mesopotamia, y desde principios del s. XX se exhibe en el Museo del Louvre de París.

en el territorio del actual Iraq, ha producido algunos de los tesoros culturales y yacimientos más importantes del mundo. Este legado incluye colecciones de libros y manuscritos en magníficos museos y bibliotecas, edificios históricos, antiguas ciudades y centenares de yacimientos arqueológicos importantes.

El propósito del presente artículo es analizar la destrucción del patrimonio cultural iraquí, a raíz de la ocupación militar de las fuerzas de la APC —liderada por Estados Unidos— iniciada el 20 de marzo de 2003, bajo la óptica del Derecho Internacional público, mostrando cuál es la normativa internacional que ampara la protección de este patrimonio, así como del derecho penal internacional aplicable en los supuestos de vulneración de la misma.

## II. Antecedentes de hecho

En los meses previos a la ocupación, la UNESCO, organización del sistema de las Naciones Unidas que tiene encomendada, entre sus funciones, la de promover la cooperación internacional para la protección del patrimonio cultural, advirtió tanto al Gobierno de Washington como al Gobierno británico del peligro que representaba para el patrimonio iraquí (especialmente para los monumentos que eran patrimonio de la humanidad) un nuevo conflicto en ese territorio. Desde la guerra del Golfo de 1991, el patrimonio cultural iraquí ha sufrido considerablemente debido a un prolongado pillaje y descuido. La UNESCO les conminó a adoptar todas las medidas necesarias a fin de garantizar la salvaguardia y la conservación del patrimonio iraquí para evitar su destrucción, así como para prevenir el tráfico ilícito de los bienes culturales del país, es decir, la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de los mismos.

Otras entidades de carácter no gubernamental que gozan de gran prestigio, como el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (conocido como Icomos por su denominación en inglés, International Council on Monuments and Sites)<sup>5</sup>, el Comité Internacional del Escudo Azul (ICBS por sus siglas del inglés, International Committee of the Blue Shield)<sup>6</sup>, el Instituto Arqueológico de Chicago y expertos internacionales

---

<sup>5</sup> El ICOMOS fue creado en 1965 a raíz de la adopción de la Carta de Venecia (1964) sobre conservación y restauración de monumentos y sitios. Su secretaría internacional tiene la sede en París. Se organiza en comités nacionales y comités especializados. Su misión principal se centra en la elaboración de numerosos programas relacionados con la protección y conservación del patrimonio cultural, que abarcan una amplia esfera de actividades. Estas engloban, desde la labor de impulso normativo, hasta la formación de especialistas, las misiones de expertos, el estudio y desarrollo de técnicas y metodología de la conservación, y la ayuda técnica en los países en vías de desarrollo, entre otras. Todo ello, realizado en el marco de la cooperación con la UNESCO.

<sup>6</sup> El ICBS, creado en 1996 por el Icomos, el Consejo Internacional de Museos (utiliza las siglas ICOM de su denominación en inglés, International Council of Museums) por la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas (IFLA), por las siglas en inglés de International Federation of Library Associations and Institutions) y el Consejo Internacional de Archivos (en inglés, International Council on Archives [ICA]). Se trata de una organización que se ocupa de la ayuda de emergencia, fundamentalmente, para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado; en particular, a través de llamamientos a las partes en conflicto con el objetivo de que estas respeten el patrimonio cultural. Colabora con la UNESCO y el Protocolo Adicional II a la Convención de 1954, le atribuye funciones de carácter consultivo respecto al mencionado comité, para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado que instituye dicho protocolo.

también se sumaron a este llamamiento<sup>7</sup>. Así, mantuvieron reuniones, presentaron informes, ofrecieron listas de sitios a proteger. Una delegación de expertos, directores de museos, coleccionistas de arte y anticuarios se reunieron en 2003 con responsables del Pentágono para hablar de las consecuencias de la ocupación<sup>8</sup>.

Iniciada la ocupación del territorio iraquí, la destrucción y el expolio se produjeron ya sea por acción o por omisión. Cuando las tropas de la coalición tomaron Bagdad y otras ciudades iraquíes no adoptaron ninguna medida para proteger los sitios de interés cultural ni las instituciones culturales. Se quedaron impasibles ante los actos de pillaje y destrucción, de manera que los tesoros culturales iraquíes quedaron expuestos a un daño seguro<sup>9</sup>.

Los ataques al patrimonio se iniciaron inmediatamente tras la caída del régimen como parte de la destrucción y el saqueo generalizado, que es lo que se produce cuando el orden público se desmorona. Los motivos de los saqueadores fueron de diversa índole<sup>10</sup>.

Además, muchos iraquíes anónimos y el personal de ciertas instituciones culturales se arriesgaron y se esforzaron en evitar el saqueo y proteger el patrimonio cultural en peligro.

A medida que se fueron conociendo las noticias sobre la destrucción cultural en Iraq, el personal, los responsables de instituciones culturales internacionales y los grupos de expertos realizaron nuevos llamamientos a la coalición para que los mandos militares actuasen con diligencia<sup>11</sup>.

### III. La destrucción del patrimonio y la reacción en el plano internacional

Las bibliotecas fueron una parte del patrimonio cultural iraquí que más destrozos padeció. La Biblioteca Nacional de Iraq, que albergaba tesoros bibliográficos árabes, como los originales de Averroes y de Omar Jayam, y también las traducciones de Aris-

<sup>7</sup> Cfr. UNESCO: "Iraq-Patrimoine en péril, Nouvelles du patrimoine mondial".

<sup>8</sup> McGuire Gibson, uno de los miembros de la delegación de la Universidad de Chicago, volvió en dos ocasiones más al Pentágono para discutir las medidas de precaución que debía adoptar la APC y, antes de la guerra incluso a través del correo electrónico, envió recordatorios a los mandos militares.

<sup>9</sup> No se organizó la protección del patrimonio cultural a pesar de todas las advertencias previas al conflicto que llegaban a Estados Unidos desde diferentes instancias. Esto se hace más evidente, según se ha señalado, si se compara con la protección de las instalaciones petrolíferas iraquíes por el Ministerio de Defensa y el Ministerio del Petróleo, para lo cual se contrató una empresa de Reino Unido especializada en seguridad, encargada en particular de vigilar los oleoductos de la provincia de Dhi Qar.

<sup>10</sup> Según detalla Global Policy Forum, "en Iraq, los saqueadores parecen haber actuado por distintas motivaciones: algunos expresaban su cólera contra el antiguo régimen; otros eran ladrones de barrio; varios saqueos fueron organizados por grupos políticos (como quines quemaron los archivos de la época de Saddam Husein en el Museo Nacional); otros eran ladrones de objetos artísticos bien organizados que sabían lo que buscaban" (Global Policy Forum [VIII] [2007]: "la destrucción del patrimonio cultural de Iraq", Iraqsolidaridad [en línea en [www.iraqsolidaridad.org](http://www.iraqsolidaridad.org), citado 27 may 12]).

<sup>11</sup> El secretario de Defensa estadounidenses Donald Rumsfeld, el 11 de abril en pleno saqueo, desdeña los informes, los considera exagerados e inoportunos y realiza unas declaraciones públicas (CNN) en las que dice "ocurren cosas. [...] La libertad es desordenada" (cfr. *op. cit.* Global Policy Forum [VIII] [2007]).

tóteles y los testimonios de la vida civil iraquí bajo el Imperio otomano, sufrió varios incendios y quedó, en gran parte, calcinada. Una parte importante de sus fondos se salvó gracias a la generosidad humana que hizo que, ante la inminente invasión, decenas de personas voluntarias trasladaran miles de libros y manuscritos para salvar lo que pudieran ante la posibilidad futura de la ruina (muchos se almacenaron en la mezquita local de Haq), o gracias a la codicia de Sadam Huseín, que se apropió de miles de manuscritos para su colección personal, lo cual, paradójicamente los salvó. En gran medida, este patrimonio todavía está disperso. En definitiva, de la toma de Bagdad se cifran en un millón los libros desaparecidos, mientras que los archivos de la biblioteca quedaron destruidos. También se quemó el Archivo Nacional de Iraq con la pérdida de millones de documentos: colecciones de mapas de Persia y fotografías.

Otras bibliotecas que sufrieron graves daños fueron: la Biblioteca de Fondos Religiosos, la de la Biblioteca de la Academia Iraquí de las Artes, las de varias universidades como la de la Facultad de Medicina o la de la Facultad de Bellas Artes, que quedó reducida a cenizas, también ardieron la Biblioteca de la Universidad de Mosul y la Biblioteca Central de la Universidad de Basora, lo que supuso la pérdida de al menos un 70% de sus colecciones. Estos datos fueron extraídos de un informe elaborado por el ICBS.

El Museo Nacional de Iraq fue objeto de varios saqueos, ante la pasividad de las fuerzas de la coalición, se llevaron entre 14 000 y 15 000 objetos de arte: monedas, esculturas, piezas de cerámica, fragmentos arquitectónicos, tablas cuneiformes, la famosa Dama de Warka de alabastro (datada del año 3100 a. de C.), y el jarrón de Uruk de 5 000 años de antigüedad (la réplica no la tocaron) que desapareció junto a 40 piezas de fama mundial.

La APC decidió proteger los edificios cuatro días después de que terminaran los saqueos y, como respuesta a las críticas públicas al saqueo, anunciaron que iban a tomar medidas contundentes para recuperar las piezas robadas del Museo Nacional de Iraq. De este modo, el Museo Británico convocó una rueda de prensa para prometer apoyo internacional y de Reino Unido para el expoliado museo. Gracias al esfuerzo internacional (volviéndolos a comprar o confiscándolo en aduanas), se consiguió recuperar más de cinco mil objetos. También fue saqueado del Museo de Mosul, del que extrajeron relieves cuneiformes de arcilla provenientes de Ninive y Nimrud. Igualmente, fueron arrasadas la Casa de la Sabiduría, la Academia de las Ciencias y de las Artes y la Universidad de Bagdad.

También se produjeron saqueos en yacimientos arqueológicos que incluyen más de ciento cincuenta ciudades y antiguos poblados sumerios. Miles de iraquíes, muchos de ellos a sueldo de ladrones de objetos de arte, bajaron a los yacimientos provistos con palas e incluso excavadoras en busca de monedas, cerámicas, piedras talladas, tablas de arcilla y otros objetos. Los saqueos más intensos tuvieron lugar en la zona sur, donde se hallan los yacimientos más antiguos.

Evidentemente, la protección de estos yacimientos no era una prioridad. Con el tiempo, los saqueadores se fueron organizando cada vez mejor de modo que en varios yacimientos trabajaban centenares de personas. En septiembre de 2006, McGuire Gibson declaró a *The Washington Post*: “en algunos yacimientos se ha producido un saqueo a escala industrial; han desaparecido algunos de los yacimientos sumerios más importantes”.

Aparte de estos daños, las propias operaciones militares de la APC dañaron gravemente sitios históricos, edificios emblemáticos y cascos antiguos de ciudades, entre otros, el de la ciudad de Nayaf. Además, los bombardeos destruyeron mezquitas (más de un centenar: Tal Afar, Ramadi o Samarra).

Asimismo, causaron daños irreparables en yacimientos arqueológicos, por ejemplo, el ejército de Estados Unidos se ubicó en las ruinas de la antigua Babilonia y de Ur (patrimonio de la humanidad), lo cual al principio las libró de saqueos, pero al construir aparcamientos de vehículos militares, cavaron zanjas profundas y, para la edificación de un helipuerto, utilizaron la maquinaria pesada para el movimiento de tierras, lo que provocó importantes daños.

La UNESCO, a través de su director general Koichiro Matsuura, al adquirir conocimiento de los pillajes y la destrucción de museos, archivos y bibliotecas en Iraq, convocó varias reuniones de expertos para evaluar la situación y coordinar un plan de emergencia. A la primera (París, 17 de abril de 2003), asistieron treinta expertos internacionales, así como representantes de ONG de reconocido prestigio como el Centro Internacional de Estudios para la Conservación y Restauración de Bienes Culturales (en inglés, International Centre for the Study of the Preservation and Restoration of Cultural Heritage [ICCROM])<sup>12</sup>, el ICOM<sup>13</sup> el Icomos y la Organización Educativa, Cultural y Científica de la Liga de los Estados Árabes (en inglés, Arab League Educational, Cultural and Scientific Organization [Alecso])<sup>14</sup>. La segunda reunión (Londres, 29 de abril de 2003), fue organizada en cooperación con el Museo Británico. Estas reuniones condujeron a la formulación de un listado de recomendaciones urgentes encaminadas a fomentar un esfuerzo internacional para salvaguardar el patrimonio cultural iraquí, impedir nuevas destrucciones e instar a las fuerzas de la coalición a observar las obligaciones que les impone el ordenamiento jurídico internacional.

Las recomendaciones fueron las siguientes:

- que las fuerzas presentes garantizaran de inmediato la seguridad y la custodia de todos los museos, bibliotecas, archivos, monumentos y sitios de Iraq;
- que se prohibiese inmediatamente la exportación de antigüedades, obras de arte, libros y archivos procedentes de Iraq;
- que se prohibiese inmediatamente el comercio internacional de bienes procedentes del patrimonio cultural iraquí;

---

<sup>12</sup> El ICCROM o Centro de Roma, creado en 1956, colabora con la UNESCO aportando su opinión experta sobre la conservación de los sitios inscritos en la lista del patrimonio mundial, así como respecto a las técnicas en materia de restauración; se ocupa, asimismo, de estimular y coordinar las investigaciones internacionales relativas a la conservación y formación.

<sup>13</sup> El ICOM es una de las ONG que colabora de manera permanente con la UNESCO y que tiene reconocido jurídicamente un estatuto que la vincula a esta organización. La función institucional del ICOM consiste en la promoción de la cooperación entre los museos de los diferentes países, al mismo tiempo que ha adquirido un interés considerable su actividad de difusión de las dimensiones del problema del tráfico ilícito de bienes culturales muebles y de recuperación del patrimonio cultural disperso. El ICOM, para poder llevar a término las anteriores funciones, se vale de la elaboración de códigos de conducta y de la promoción de estudios que acerquen el problema a la opinión pública. Cabe resaltar, también, su iniciativa para la elaboración de un código deontológico de las asociaciones nacionales de museos y de las instituciones culturales particulares.

<sup>14</sup> Se trata de una agencia especializada de la Liga de Estados Árabes que se ocupa de la educación, la cultura y las ciencias. Tiene su sede en Túnez.



- que se hiciese un llamamiento para la restitución voluntaria e inmediata de bienes culturales o lícitamente exportados de Iraq;
- que se organizase una misión de investigación coordinada por la UNESCO para evaluar el alcance de los daños y las pérdidas del patrimonio cultural en Iraq;
- que se emprendiesen a nivel internacional acciones de asistencia a las instituciones culturales de Iraq<sup>15</sup>.

La UNESCO también se coordina con la Organización Internacional de la Policía Criminal (conocida como Interpol por la denominación inglesa de International Criminal Police Organization)<sup>16</sup> con el fin de poner en marcha la cooperación en el plano universal para localizar los bienes culturales robados.

La reacción de los órganos principales de las Naciones Unidas proviene del propio CS, que adoptó la Resolución 1483 (2003), de 22 de mayo de 2003, sobre la situación entre Iraq y Kuwait, en la cual decide: “que todos los Estados miembros adopten las medidas que correspondan para facilitar el retorno seguro a las instituciones iraquíes de los bienes culturales y otros artículos de valor científico especial o importancia arqueológica, histórica, cultural, o religiosa que fueron sustraídos ilícitamente del Museo Nacional, la Biblioteca Nacional y otros lugares de Iraq” y solicita a la UNESCO a prestar asistencia en la aplicación de la misma.

En la tercera reunión auspiciada por la UNESCO (Tokio, del 31 de julio al 2 de agosto de 2003), se llegó al acuerdo de crear, al amparo de dicha organización y en el marco de su plan de acción para la salvaguardia del patrimonio cultural iraquí, un Comité Internacional de Coordinación para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Iraquí, integrado por representantes del futuro Gobierno iraquí y de los países e instituciones donantes, así como por destacados especialistas en el patrimonio cultural iraquí<sup>17</sup>.

#### IV. Normativa aplicable a la conducción de las hostilidades (*ius in bello*)

En tiempo de conflicto armado, como resulta obvio, si bien la prioridad es la protección de la vida humana, es importante subrayar que los bienes de carácter civil y, en particular el patrimonio cultural, son también objeto de protección a través de varios instrumentos jurídicos internacionales, así como de los principios del Derecho Internacional humanitario. El respeto a las normas protectoras del patrimonio cultural permite minimizar los riesgos de destrucción. En este apartado, se intenta analizar de forma somera los principios y las normas del Derecho Internacional aplicables en el caso que nos ocupa.

---

<sup>15</sup> Se puede consultar la lista de expertos, tanto iraquíes como internacionales, que asistieron a la reunión y participaron en la adopción de estas medidas en línea en <http://portal.unesco.org> [citado 27 may 12].

<sup>16</sup> La Interpol cumple una función relevante, especialmente con relación al tráfico ilícito de bienes culturales. Para hacer frente al mismo la cooperación policial en el plano internacional resulta primordial. Entre los ámbitos de intervención específicos de la Interpol en dicha materia, destaca por su importancia cuantitativa el robo de bienes culturales. La Interpol se ocupa de la difusión internacional de la noticia de búsqueda del bien robado a petición de la oficina central nacional competente.

<sup>17</sup> Cfr. UNESCO: “Informe del director general sobre las instituciones culturales y educativas en Iraq”, Consejo Ejecutivo, 167.ª reunión, 14 de agosto de 2003.

## 1. Instrumentos del Derecho Internacional Humanitario

La evolución de las normas relativas a la regulación de la guerra y, concretamente las referidas a la protección de los bienes culturales, adquirió un impulso definitivo con la primera y la segunda Conferencias Internacionales de paz de La Haya, desarrolladas en 1899 y 1907, respectivamente. Si bien la referencia a los bienes culturales (el *nomen iuris*, todavía no se utilizaba en aquella época) no es muy extensa, la normativa adoptada, en particular el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo al cuarto Convenio de 29 de julio de 1899 y al cuarto Convenio de 18 de octubre de 1907, así como el noveno Convenio sobre el bombardeo por fuerzas navales de 18 de octubre de 1907, representa un avance considerable respecto a los anteriores intentos de codificación.

Las disposiciones sobre la guerra terrestre contenidas en el cuarto Convenio de La Haya de 1907 recibieron, además, una confirmación considerable al ser declaradas por el Tribunal de Núremberg como “admisses par tous les Etats civilisés et regardées par eux comme l’expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre”<sup>18</sup>. A pesar de algunas restricciones y de ciertas lagunas<sup>19</sup> que limitan una protección absoluta de los bienes culturales, estos convenios han recibido la calificación de pioneros en el desarrollo de la protección de los bienes culturales en tiempo de guerra.

En los Convenios de La Haya de 1907, la protección de los bienes culturales se vincula a la protección general de los bienes civiles. Sus disposiciones son muy generales, de manera que no aportan una definición precisa de los objetos de protección, los cuales son enumerados a partir de su naturaleza y función; así, por ejemplo se hace referencia a los edificios consagrados al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia y a los monumentos históricos.

### 1.1. Reglamento anexo a la cuarta Convención de La Haya, de 18 de octubre de 1907, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre

Este reglamento estipula en su artículo 56 (sección III: de la autoridad militar sobre el territorio del Estado enemigo):

Los bienes de las comunidades, los de establecimientos consagrados a los cultos, a la caridad, a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun cuando pertenezcan al Estado, serán tratados como propiedad privada.

---

<sup>18</sup> La profesora Abellán, señala que en el preámbulo de este convenio queda claramente explicitada la referencia a los principios generales humanitarios como límite al comportamiento de los beligerantes en los conflictos armados, al expresar en el mismo las partes contratantes su “deseo de servir aun en el caso extremo de conflictos armados los intereses de la humanidad y las necesidades siempre en aumento de la civilización”; Cfr. Victoria Abellán Honrubia (1992): *La regulación jurídica internacional de los conflictos armados*, Barcelona: Cruz Roja Española: 61.

<sup>19</sup> En este sentido, cfr. Jean de Breucker (1975): “Pour les vingt ans de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels”. *Revue belge de droit international*, vol. XI, 2: 530-531.

Se prohíbe y debe perseguirse toda ocupación, destrucción, deterioro intencional de tales edificios, de monumentos históricos y de obras artísticas y científicas.

Tal como se ha puesto de relieve, la vulneración de esta disposición se incluyó entre las violaciones de las leyes y las costumbres de la guerra expresadas en el Estatuto del TPIY para las que dicho Tribunal era competente (Estatuto del TPIY, artículo 3). Asimismo, numerosos manuales militares incluyen la obligación de respetar los bienes culturales<sup>20</sup>.

## **1.2. Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (1954)**

Esta constituye el primer conjunto coherente de normas jurídicas de ámbito universal consagrado enteramente a la protección de los bienes culturales. Se le atribuye el mérito de concentrar en un solo instrumento las disposiciones relativas a la protección de los bienes culturales que, hasta el momento, permanecían dispersas en varios instrumentos jurídicos internacionales. Va acompañada de un reglamento anexo para la aplicación de la misma y un protocolo facultativo<sup>21</sup>; todo ello en conjunto forma un código de protección de los bienes culturales que alcanza, tanto a los bienes inmuebles, como a los bienes muebles<sup>22</sup>. Se completa con la adopción, el 26 de marzo de 1999, en el marco de la conferencia diplomática convocada por la UNESCO en La Haya, el protocolo II de la Convención de La Haya de 1954. Su objetivo es establecer un sistema reforzado de protección y completar las medidas de aplicación de la Convención de 1954, intentando, al mismo tiempo, que las normas que rigen la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado reflejen la evolución del Derecho Internacional<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Se incluyen los manuales militares de Estados Unidos (párrafos 387 y 388), el manual militar de Reino Unido (párrafo 386). Cfr. Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck (2007): *El Derecho Internacional humanitario consuetudinario*, Buenos Aires: CICR, vol. I. Se puede consultar en línea en [www.icrc.org](http://www.icrc.org) [citado 27 may 12].

<sup>21</sup> Protocolo I para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (La Haya, 14 de mayo de 1954). A fecha de hoy, consta de 100 Estados parte, entre los cuales no se cuentan ni Estados Unidos ni Reino Unido, mientras que Iraq es Estado parte en el mismo desde el 21 de diciembre de 1967.

<sup>22</sup> En la Conferencia de La Haya estaban representados 56 Estados, de entre los cuales 37 firmaron el acta final de la Conferencia Intergubernamental sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado; 22 Estados firmaron el protocolo. La convención entró en vigor el 7 de agosto de 1956, de acuerdo con su artículo 33, en virtud del cual: "La presente Convención entrará en vigor tres meses después de haberse depositado cinco instrumentos de ratificación". A fecha de hoy, la convención cuenta con 123 Estados parte. Cabe señalar que, en el momento de la ocupación del territorio de Iraq por las tropas de la coalición, solamente Iraq era Estado parte en la convención, ni Estados Unidos ni Reino Unido lo eran. Estados Unidos ratificó la convención el 13 de marzo de 2009.

<sup>23</sup> El protocolo II se abrió a la firma, conforme al artículo 40 del mismo, el 17 de mayo al 31 de diciembre de 1999 en La Haya. Según su artículo 43, "El presente protocolo entrará en vigor tres meses después de haberse depositado veinte instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión". Hoy en día, el

En el preámbulo de la mencionada Convención de 1954 se reconoce, por primera vez en un instrumento jurídico vinculante de carácter internacional que:

los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial;  
[...] la conservación del patrimonio cultural presenta una gran importancia para todos los pueblos del mundo y que conviene que ese patrimonio tenga una protección internacional.

Este escrito refleja la concepción de que la salvaguardia del patrimonio incumbe al conjunto de la comunidad internacional.

El texto de la convención manifiesta expresamente la intención de cumplir una función armonizadora y complementaria de la normativa existente, y así se pone de manifiesto en el preámbulo a través de una referencia general<sup>24</sup>.

El sistema de protección por el que opta se basa en la distinción entre un régimen de protección general y un régimen de protección especial. Esta dualidad responde a las dos tendencias que surgieron durante la conferencia. Una de ellas se decantaba hacia una protección lo más extensa posible. La otra, consideraba que la protección, para ser verdaderamente eficaz, debía circunscribirse a un número restringido de objetos seleccionados por su alto valor. El resultado final fue un texto que pretendía conciliar ambas tendencias. Así, se estableció en los capítulos I y II, respectivamente, un sistema de protección general u ordinario (artículos 2 a 7) y un sistema de protección especial (artículos 8 a 11).

El sistema de protección general incluye todos aquellos bienes culturales que se puedan incluir dentro de la definición fijada en el artículo 1 de la convención<sup>25</sup>. La protección, en términos generales, tal como queda definida en el artículo 2, comprende dos elementos distintos: la salvaguardia y el respeto de los bienes. Esta noción, un tanto vaga, viene precisada en las disposiciones siguientes (artículos 3 y 4) que acotan,

---

protocolo II está constituido por 56 Estados parte, entre los cuales no se cuentan ni Estados Unidos ni Reino Unido ni Iraq.

<sup>24</sup> El preámbulo de la convención se expresa en los siguientes términos: "*Inspirándose en los principios relativos a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado proclamados en las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 y en el Pacto de Washington del 15 de abril de 1935*".

<sup>25</sup> El artículo 1 estipula "para los fines de la presente Convención, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario: a. Los bienes, muebles o inmuebles que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte, de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos; b. Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a. tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a; c. Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a. y b., que se denominarán "centros monumentales".

respectivamente, qué debe entenderse por salvaguardia y por respeto. La salvaguardia está constituida por un conjunto de medidas positivas destinadas a asegurar que existan las condiciones materiales adecuadas para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Las medidas de salvaguardia afectan al Estado en cuyo territorio se halle ubicado el bien cultural y son de carácter preventivo, es decir, han de ser adoptadas en tiempo de paz. El respeto, en cambio, se define de una manera negativa, pues básicamente se refiere a la obligación de no cometer ciertos actos que están prohibidos. Implica, por cuenta de las altas partes contratantes, una responsabilidad compartida. Esta es una característica propia de la convención a analizar que cabe poner de relieve, ya que impone la responsabilidad de protección de los bienes culturales compartida entre los beligerantes.

El Estado en cuyo territorio se halla el bien cultural queda obligado por un deber negativo. Se trata de una cláusula de statu quo, puesto que en términos del artículo 4.1, dicho Estado deberá abstenerse de utilizar el objeto protegido, “sus sistemas de protección y proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado”.

La otra u otras partes en el conflicto se comprometen a abstenerse de “todo acto de hostilidad contra dicho bien”. Ambas obligaciones complementarias solo podrán dejar de cumplirse en el supuesto de que “una necesidad militar impida de manera imperativa su cumplimiento” (artículo 4, párrafo 2). A este respecto, la adopción del protocolo II de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 26 de marzo de 1999, en un intento de mejorar la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y de establecer un sistema reforzado de protección para los bienes culturales “de la mayor importancia para la humanidad”<sup>26</sup>, ha supuesto una restricción considerable a la posibilidad de aplicación de la cláusula de excepción a la protección fundada en una “necesidad militar imperativa” (artículo 4, párrafo 2 de la Convención de La Haya de 1954). Si bien mantiene esta cláusula (artículo 6), cuestión que fue objeto de discusión durante la Conferencia de La Haya<sup>27</sup>, clarifica el carácter absolutamente excepcional de la posibilidad de aplicar una derogación de la protección apelando a la existencia de una “necesidad militar imperativa”. Además, regula con mayor detalle las condiciones de su aplicación, con lo cual el recurso a la misma adquiere un carácter más restringido<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. capítulo III del protocolo II, artículos 10 a 14.

<sup>27</sup> UNESCO (1999): “Exposé synoptique des observations relatives au projet de deuxième Protocole à la Convention de La Haya de 1954 reçues des Hautes Parties contractantes à la Convention de La Haya pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1954, d’autres Etats Membres de l’ UNESCO et d’organisations internationales”, enero de 1999: 1-15.

<sup>28</sup> El artículo 5 estipula lo siguiente: “A fin de garantizar el respeto de los bienes culturales de conformidad con el Artículo 4 de la Convención: a) una derogación fundada en una necesidad militar imperativa conforme al párrafo 2 del Artículo 4 de la Convención solo se podrá invocar para dirigir un acto de hostilidad contra un bien cultural cuando y durante todo el tiempo en que: i) ese bien cultural, por su función, haya sido transformado en un objetivo militar; y ii) no exista otra alternativa prácticamente posible para obtener una ventaja militar equivalente a la que ofrece el hecho de dirigir un acto de hostilidad contra ese objetivo; b) una derogación fundada en una necesidad militar imperativa conforme al párrafo 2 del Artículo 4 de la Convención solo se podrá invocar para utilizar bienes culturales con una finalidad que pueda exponerles a la destrucción o al deterioro cuando y durante todo el tiempo en que resulte imposible elegir entre esa

A las fuerzas de la APC en tanto que potencias ocupantes les es de aplicación también la siguiente disposición: “Las Altas Partes Contratantes que ocupen total o parcialmente el territorio de otra Alta Parte Contratante deben, en la medida de lo posible, prestar su apoyo a las autoridades nacionales competentes del territorio ocupado a fin de asegurar la salvaguardia y la conservación de los bienes culturales de esta” (artículo 5).

Se comprometen igualmente las partes en conflicto a prohibir e impedir cualquier acto de robo o de pillaje contra los bienes culturales y a “no requisar los bienes culturales muebles situados en el territorio de otra Alta Parte Contratante” (artículo 4, párrafo 3). Asimismo, las partes se obligan también a no llevar a cabo “medidas de represalia contra los bienes culturales” (artículo 4, párrafo 4).

Por último, en el supuesto de que alguna de las altas partes contratantes no cumpla las medidas de salvaguardia previstas en el artículo 3, las demás partes contratantes han de seguir cumpliendo con las obligaciones de respeto previstas en el artículo 4, según queda establecido en el párrafo 5 del mismo. Ello comporta una excepción a la aplicación del principio de reciprocidad que inspira muchas disposiciones en derecho de los tratados.

Respecto al sistema de protección especial, cabe señalar que limita su aplicación a la protección de ciertos bienes culturales de gran importancia<sup>29</sup>. A diferencia del sistema de protección general, con relación al cual los bienes objeto de protección se definen de manera bastante amplia pero su protección es más limitada, en el sistema de protección especial los bienes culturales objeto de protección se definen desde una perspectiva más restrictiva pero, de manera inversamente proporcional, se eleva el nivel de protección.

Este sistema se aplica a un número limitado de bienes. En virtud de lo estipulado en el artículo 8, se reserva a “un número restringido de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, de centros monumentales y otros bienes culturales de importancia muy grande”.

Los bienes que puedan situarse bajo este régimen, además de beneficiarse del sistema de protección general, gozarán de inmunidad; es decir, de inviolabilidad absoluta, lo cual supone elevar la protección al máximo nivel. La inmunidad comporta para todo estado parte en la convención, una obligación negativa —de no hacer o de mantener el statu quo—, concretada en el deber de abstenerse de emprender cualquier acto de hostilidad contra ellos<sup>30</sup>.

---

utilización de los bienes culturales y otro método factible para obtener una ventaja militar equivalente; c) la decisión de invocar una necesidad militar imperativa solamente será tomada por el oficial que mande una fuerza de dimensión igual o superior a la de un batallón, o de menor dimensión cuando las circunstancias no permitan actuar de otra manera; d) en caso de ataque basado en una decisión tomada de conformidad con el apartado a) se debe dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces, siempre y cuando las circunstancias lo permitan”.

<sup>29</sup> La idea de otorgar una protección especial a ciertos bienes culturales aparece, por primera vez, en el Anteproyecto del Convenio de 1938 de la Oficina Internacional de Museos.

<sup>30</sup> Están comprendidos dentro de la expresión “todo acto de hostilidad”, las operaciones de guerra en un sentido amplio, ya sean cometidas por la parte adversa o por la parte que se halla en posesión de los bienes. El uso de la expresión “todo acto de hostilidad” —que difiere de la utilizada por el Protocolo Adicional I de

A Iraq le correspondía la responsabilidad de prever medidas apropiadas de protección ante la inminencia de los ataques para la salvaguardia del patrimonio (artículo 3). Así, los iraquíes tomaron algunas medidas, como el traslado de determinadas obras de los museos provinciales al Museo Nacional de Iraq en Bagdad, que tuvieron un resultado negativo a la vista de la destrucción de que este fue objeto; también se trasladaron algunos de los bienes culturales más valiosos a las cámaras del BCI. Cabe subrayar que, entre las consecuencias de la década de sanciones aplicadas a Iraq, se cuenta también la de perder la capacidad de mantener una estructura adecuada de salvaguardia del patrimonio.

### **1.3. Cuarto Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra<sup>31</sup>**

Algunas de sus disposiciones son de aplicación en este supuesto.

En su artículo 53 establece que “está prohibido que la Potencia ocupante destruya bienes muebles e inmuebles, pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares, al Estado o a colectividades públicas a organizaciones sociales o a cooperativas, excepto en los caos en que tales destrucciones sean absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas”.

Asimismo, en el título IV de aplicación del convenio se califica, en su artículo 147, de infracción grave “la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizase a gran escala de modo ilícito y arbitrario”.

### **1.4. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (protocolo I), de 8 de junio de 1977<sup>32</sup>**

Durante la Conferencia sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados, celebrada en Ginebra entre 1974 y 1977, se planteó de nuevo, si bien no como una cuestión principal, el tema relativo a la protección de los bienes culturales. Por ello, se adoptó la decisión de incluir en ambos protocolos adicionales una disposición sobre esta materia<sup>33</sup>, reafirmandose algunos de los principios generales enunciados en la Convención de 1954.

---

1977, que emplea el término “ataque”— significa que la convención protege los bienes culturales frente a toda destrucción cometida por cualquier parte en el conflicto, ya sea cometida por un ataque o como resultado del deterioro de los objetos bajo su control; para un estudio en detalle de este sistema de protección especial cfr. Jiri Toman (1994): *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, París: UNESCO: 117-170.

<sup>31</sup> Los tres Estados son Estados parte. Iraq ratificó la convención el 14 de febrero de 1956, Estados Unidos el 2 de agosto de 1955, y Reino Unido el 23 de septiembre de 1957.

<sup>32</sup> De todas las partes en el conflicto, solo es estado parte en este protocolo, Reino Unido.

<sup>33</sup> Si bien durante la primera Conferencia del Grupo de Expertos Gubernamentales celebrada en 1971, la protección de los bienes culturales fue objeto de propuestas presentadas por los expertos de México, Sue-



Se trata del artículo 53 relativo a la protección de los bienes culturales y de los lugares de culto.

Sin perjuicio de las disposiciones de la Convención de La Haya, de 14 de mayo de 1954, para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y de otros Instrumentos Internacionales aplicables, queda prohibido:

- cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos;
- utilizar tales bienes en apoyo del esfuerzo militar;
- hacer objeto de represalias a tales bienes.

Completado por el artículo artículo 85, apartado 4 relativo a la represión de las infracciones del mismo y que representa un refuerzo para la protección de los bienes culturales al calificar de infracciones graves:

el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la Parte adversa del apartado b) del artículo 53 y cuando tales monumentos históricos, lugares de culto u obras de arte no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares.

## 2. Principios del Derecho Internacional humanitario consuetudinario

El respeto a las normas protectoras del patrimonio hubiese permitido minimizar los riesgos de daños infligidos al patrimonio cultural situado en el territorio de Iraq.

La opinión consultiva de la CIJ sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, de 8 de julio de 1996, califica de “principios cardinales el armazón del derecho humanitario”, los de distinción y proporcionalidad<sup>34</sup>.

Estos principios de Derecho Internacional humanitario han adquirido carácter vinculante para los Estados y deben ser respetados por el conjunto de la comunidad internacional. Asimismo, ambos resultan de aplicación a este conflicto.

En primer lugar, el principio de distinción dispone que las partes en conflicto deben realizar una diferenciación en todo momento entre población civil y combatientes, y

---

cia, Suiza, la República Árabe Unida y Holanda, el CICR no recogió dichas propuestas en el proyecto de protocolos sometido a las conferencias de 1974 a 1977, por considerar que ya quedaban protegidos con las disposiciones más precisas de la convención de 1954. La iniciativa de insertar en el texto de los protocolos adicionales una disposición destinada a la protección de los bienes culturales partió de una propuesta, en forma de enmienda, efectuada por Grecia, a la que se unieron España y Jordania y, en 1975, la Santa Sede, Uruguay y Venezuela; cfr. *op. cit.* Jiri Toman, 1994: 404.

<sup>34</sup> Cfr. CIJ (1996): “Case concerning legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: párrafos 74 a 87.

entre bienes de carácter civil y objetivos militares, para poder dirigir sus operaciones únicamente contra los objetivos militares.

En segundo lugar, siguiendo el principio de proporcionalidad solamente se podrán utilizar los medios de combate ajustados al objetivo y necesarios para conseguirlo; por lo tanto, con la aplicación de este principio los beligerantes tienen la obligación de no atacar un objetivo militar si los daños colaterales previsibles son desproporcionados en relación a la ventaja militar que se persigue.

## **2.1. La Convención sobre el patrimonio mundial, cultural y natural, de 1972<sup>35</sup>**

El artículo 6, apartado 1 estipula: “los Estados partes en la presente convención reconocen que constituye un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional entera tiene el deber de cooperar”, complementado por el apartado 3 del mismo que determina que “cada uno de los Estados Partes en la presente Convención se obliga a no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural de que tratan los artículos 1 y 2 situado en el territorio de otros Estados Partes en esta Convención”.

Iraq, en el momento en que se inicia la intervención militar, tenía inscrita en la lista del patrimonio mundial la villa romanoiraquí de Hatra, si bien existía otra lista indicativa remitida, en el año 2000, por Iraq a la UNESCO en la que figuraban otros siete sitios que señalaba como prioritarios en aras a solicitar su inscripción en la mencionada lista.

Es necesario señalar que, además de Iraq, los otros dos Estados principales partes en el conflicto, Estados Unidos y Reino Unido, son estados parte en la convención a analizar.

La cuestión que se suscita en relación a esta convención, que está pensada para ser aplicada en tiempo de paz, es su posible aplicabilidad en tiempo de conflicto armado. Una respuesta positiva a la misma, viene apoyada por la praxis, según señalan algunos autores, como es el caso del asedio a Dubrovnik. El casco antiguo de esta ciudad estaba inscrito en la lista del patrimonio mundial, y el director general de la UNESCO envió allí a dos observadores permanentes, además de mandar izar el emblema de la convención de 1972 y de las Naciones Unidas para evidenciar el interés de la comunidad internacional en su conjunto en la preservación de ese emblemático sitio histórico artístico. En el caso que nos ocupa, el propio director adjunto de Cultura de la UNESCO remitió a las autoridades estadounidenses y británicas la lista de los sitios culturales más importantes de Iraq (inscritos en la lista del patrimonio mundial), así como documentos cartográficos para que pudieran contribuir a su preservación. Se trata de elementos que contribuyen a forjar la percepción de la aplicabilidad de la Convención de 1972 durante un conflicto armado<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Al respecto de esta convención, en el momento de inicio de las hostilidades, eran Estados parte: Iraq, Estados Unidos y Reino Unido. Iraq depositó su instrumento de ratificación el 5 de marzo de 1974, Estados Unidos el 7 de diciembre de 1973 y Reino Unido el 29 de mayo de 1984.

<sup>36</sup> En este sentido, cfr. Abtahi (2003): “Le patrimoine iraquien à l’épreuve de l’intervention militaire du printemps 2003”. *Actualité et Droit international*, mayo de 2003: 6 [en línea en [www.ridi.org/adi](http://www.ridi.org/adi), citado 27 may 12].

### 3. Derecho penal internacional

La práctica muestra algunos casos en los que ha sido posible acusar y perseguir, juzgar y condenar a individuos que habían cometido crímenes de guerra consistentes en pillaje y saqueos al patrimonio cultural. Tal como señalan Henckaerts y Doswald-Beck, “después de la segunda guerra mundial, el Tribunal Militar Permanente francés de Metz, en el asunto de Lingenfelder en 1947, y el Tribunal Militar estadounidense de Núremberg en el asunto von Leeb (The High Command Trial) en 1948 y en el asunto Weizsaecker en 1949, condenaron a los acusados por haber confiscado y destruido bienes culturales”<sup>37</sup>.

Más recientemente, se ha producido otra condena por destrucción del patrimonio cultural. El TPIY condenó a Momcilo Krajisnik, expresidente de la Asamblea serbo-bosnia, por crímenes contra la humanidad como: persecución, exterminio, asesinato, deportación y traslado forzoso de civiles no serbios durante el conflicto en Bosnia-Herzegovina; asimismo la Cámara considera probado el crimen de destrucción de “monumentos culturales y sitios sagrados”<sup>38</sup>.

El Estatuto de la CPI, en su artículo 8.2, tipifica como crímenes de guerra: “los ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares”.

### V. Consideraciones finales

El patrimonio cultural es antiguo y muy frágil y puede desaparecer rápidamente durante los conflictos y las situaciones que estos generan, por lo que su protección exige planear una adecuada protección de los sitios antes, durante y después del conflicto.

En el momento en el cual se iniciaron las hostilidades Iraq adoptó algunas medidas ante la inminencia del ataque, pero estas resultaron insuficientes y en algunos casos incluso contraproducentes.

Por su parte las fuerzas de la APC, no organizaron la protección del patrimonio cultural iraquí a pesar de la plétora de advertencias previas al conflicto que llegaban desde diferentes instancias gubernamentales y no gubernamentales. Entre las múltiples y nefastas consecuencias de la aplicación de una década de sanciones a Iraq, también se cuenta la de debilitar estructuralmente la capacidad de este país para la salvaguardia del patrimonio. No obstante, a pesar de las carencias, continuaban existiendo unas mínimas infraestructuras, tanto en Bagdad como en las provincias, como el Consejo

---

<sup>37</sup> Estados Unidos, Tribunal Militar de Núremberg: caso von Leeb (The High Command Trial), párrafo 406; caso Weizsaecker, párrafo 407. Francia, Tribunal Militar Permanente de Metz: caso Lingenfelder párrafo 405. Cfr. Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck: (2007): *El Derecho Internacional humanitario consuetudinario*, Buenos Aires: CICR, vol. I: 148.

<sup>38</sup> Cfr. TPIY (2006): sentencia de primera instancia de 27 de septiembre de 2006; la pena impuesta a Momcilo Krajisnik fue de veintisiete años de cárcel. Cfr. también Rubén Andrés (2007): “Condena por destrucción de bienes culturales: El Tribunal Penal Internacional para Crímenes en la antigua ex-Yugoslavia ha condenado a Krajisnik por exterminio y destrucción de bienes culturales”. *Archivamos: Boletín ACAL*, 65: 14-15.

Estatal Iraquí de Antigüedades y Patrimonio, que contaban con un servicio de inspectores de antigüedades y guardas de sitios arqueológicos en los que las fuerzas de la coalición ni siquiera pensaron cuando es obvio que si hubiesen sido apoyadas con ayudas financieras y soporte logístico, hubiesen podido evitar parte del saqueo. Abdul-Amir Hamdani, que era el inspector local de antigüedades en la provincia de Dhi Qar, una de las más afectadas por los saqueos, pidió ayuda a la coalición. El socorro prestado fue a lo sumo esporádico o nulo, aunque existió ayuda provisional de las fuerzas italianas que decidieron dar protección a los sitios y empezaron a patrullarlos. En consecuencia, los saqueos se frenaron de inmediato, pero cuando cesaron estas operaciones de patrulla se reanudaron; Hamdani trató de seguirlas efectuando pero solo contaba con 150 guardias entrenados pero mal equipados en un contexto cada vez más peligroso. Igualmente, algunas ONG que habían recibido financiación para contribuir a la protección del patrimonio cultural iraquí se abstuvieron de intervenir cuando los saqueos se intensificaron por el riesgo que dicha operación hubiese supuesto.

Un mayor respeto a los principios y normas protectoras del patrimonio cultural en caso de conflicto armado puede contribuir a minimizar los riesgos de destrucción. En el caso de Iraq dejaron de aplicarse tanto principios básicos de Derecho Internacional humanitario consuetudinario, como los principios de proporcionalidad y distinción, así como los principales instrumentos convencionales de Derecho Internacional humanitario (como el cuarto Convenio de Ginebra y su Protocolo Adicional I) y otros de carácter especializado en la protección del patrimonio (como la Convención de 1954 y sus dos protocolos adicionales).

La infracción de estos principios y normas supone una responsabilidad internacional, y la práctica muestra algunos casos en los que se ha acusado y condenado a individuos por la comisión de crímenes de guerra consistentes en pillaje y saqueo del patrimonio cultural.

La guerra de Iraq ha comportado un sufrimiento inenarrable para ese pueblo, en medio del cual cabe preguntarse si cabía alguna esperanza de que se respetara el patrimonio cultural cuando las vidas de miles de personas han sido sesgadas sin compasión. Este conflicto ha contribuido a escribir una nueva página en la historia de barbarie de la humanidad y todos hemos perdido.



# **¿Hacia una opinión pública europea (común)? Lecciones del impacto del 11S, Afganistán e Iraq<sup>1</sup>**

**STELIOS STAVRIDIS**

**Aragón Research & Development**

**Investigador senior del grupo de investigación  
sobre Gobernanza Mundial y Unión Europea**

**Universidad de Zaragoza**

**Miembro del grupo de investigación sobre  
Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial  
Universidad de Lleida**

**GEORGE TZOGOPOULOS<sup>2</sup>**

**Bodossakis Foundation Post-Doctoral Fellow**

**Hellenic Foundation for European & Foreign Policy en Atenas**

SUMARIO: I. Introducción. II. Opinión pública y política exterior: 1. Consideraciones generales; 2. El déficit democrático de la UE. III. Opinión pública europea: 1. La idea de una esfera pública europea; 2. ¿Existe una esfera pública? 3. El rol de los medios; 4. Enfoques para la medición de una esfera pública europea. IV. La opinión pública europea y la guerra en Iraq: ¿un final vibrante o solo una experiencia efímera?: 1. La evidencia general; 2. Lecciones adicionales de otros casos empíricos; 3. Los medios de comunicación. V. Conclusiones.

---

<sup>1</sup> Traducción del inglés de Albert Galinsoga Jordà.

<sup>2</sup> Se presentaron sendas versiones previas de la presente investigación a las Jornadas *El conflicto de Iraq ante el Derecho Internacional público: el caso Couso* (Universidad de Lleida, del 14 al 19 de abril de 2008) y al *16<sup>th</sup> European Summer Academy on Normative Power Europe* (del 7 al 9 de julio de 2008), organizado por TEPSA, EKEME y ECSA-Greece. Ambos autores quisieran agradecer a los organizadores y participantes de dichas conferencias sus útiles comentarios y sugerencias.

## I. Introducción

El objetivo de este capítulo es valorar hasta qué punto puede confirmarse o no<sup>3</sup> la reivindicación realizada en marzo de 2003, tras las masivas manifestaciones en Europa, de que “ha nacido una nueva nación europea”. Lo que se arguyó entonces fue que los europeos (como quiera que se defina este término) estaban declarando en voz clara y alta su oposición al uso unilateral por parte de Estados Unidos de la fuerza militar en todo el globo.

Mucho se ha escrito sobre las implicaciones de la doctrina Bush de golpes preventivos y cambios de regímenes políticos por parte de la política exterior norteamericana<sup>4</sup>. Igualmente es mucho lo que se ha dicho sobre las divisiones europeas acerca de la cuestión de qué hacer con Iraq<sup>5</sup>. Pero se ha prestado poca atención al tema de una opinión pública europea, aun cuando hay un entendimiento general a priori de que existe un enfoque más bien pacifista de las relaciones internacionales en el viejo continente. Robert Kagan ha hecho famosa esta divergencia con Estados Unidos en su enfoque “Venus contra Marte”<sup>6</sup>. Nos centraremos ahora en las opiniones públicas.

Las páginas que siguen se compone de tres partes: en la primera parte se describe una discusión teórica general sobre el vínculo entre la opinión pública y la política exterior o asuntos internacionales; a continuación, en la segunda parte se presenta una revisión selectiva de los análisis cualitativos y cuantitativos sobre si existe un espacio común europeo; en la tercera parte nos volvemos hacia algunas lecciones que pueden extraerse de este estudio. Un elemento común es la existencia y crecimiento del antiamericanismo. Por supuesto, hará falta más que un mero antiamericanismo para un posicionamiento público europeo verdaderamente común. Pero es un importante punto de inicio porque refleja una causa real para muchas apelaciones recientes a una alternativa realmente europea en los asuntos internacionales. ¿Hasta qué punto es realista un enfoque así, a la luz de las situaciones que existen en el mundo cada vez más conflictivas y a la proliferación de las intervenciones, con o sin mandato de las Naciones Unidas? ¿Qué importancia tiene la actual militarización de la UE? Ambas son cuestiones importantes pero se escapan del alcance de este estudio<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Dominique Strauss Kahn, *Le Monde*, 15 de febrero de 2003, citado en Lamo de Espinosa, 2005: 4. Esta es también la tesis avanzada en Reynié, 2004.

<sup>4</sup> Cfr. Donnelly, 2003; Singh, 2006.

<sup>5</sup> Cfr. Kotzias, Liacouras, 2006; Mowle, 2004.

<sup>6</sup> Cfr. Kagan, 2003.

<sup>7</sup> Cfr., entre otros, Everts, Isierna, 2002: 5; Hill, 2003: 11. Sobre las diversas formas de antiamericanismo, cfr. Stivachis, 2007.



## II. Opinión pública y política exterior

### 1. Consideraciones generales

Antes de entrar en la dimensión de la opinión pública y la política exterior de la UE, es importante empezar con una referencia a la amplia bibliografía existente acerca de ambos temas. Simplificando, se observa una importante escuela de la “incompatibilidad”, que sostiene que las fuerzas internas de un Estado democrático representan necesariamente debilidades en el nivel internacional. Según dicho punto de vista, la eficacia diplomática requiere secretismo, experiencia y decisiones rápidas. Todas ellas son dimensiones que no pueden darse, según este enfoque, en los Estados democráticos<sup>8</sup>. Hay por supuesto un fuerte contraenfoque que se halla en la tradición de la teoría democrática internacional<sup>9</sup>. Sin entrar en ningún tipo de “triunfalismo” a lo Fukuyama, digamos solamente que la democracia es el mejor sistema político que tenemos porque (empleando las célebres palabras de Winston Churchill) es claramente el menos malo que hemos inventado. Por consiguiente, democracia y política exterior no deberían ser antónimas.

¿Pero cuáles son las implicaciones de lo expuesto para la cuestión de la opinión pública en los asuntos exteriores? No hay acuerdo en la literatura sobre si la opinión pública constriñe a quienes toman las decisiones de política exterior o si, en cambio, esta refleja sus preferencias. Probablemente la realidad se encuentre en un punto intermedio entre estos dos extremos, pero resulta relevante observar que cualquier estudio sobre la opinión pública está relativizado por nuestro conocimiento limitado sobre la forma en que realmente actúa, o sobre cuál es su impacto real. Habiendo dicho esto, no cabe duda de que es preciso seguir estudiando este fenómeno crucial.

Las implicaciones para la teoría democrática y para el proceso democrático de toma de decisiones son numerosas, pero su impacto pleno escapa al alcance de este capítulo, que se concentra en el caso específico de la opinión pública europea. Con el fin de tratar la cuestión que nos ocupa, debemos no obstante hacer hincapié en un número importante de asuntos relativos al tema central, empezando con el déficit en la integración europea.

### 2. El déficit democrático de la UE

Se afirma a menudo que la UE sufre de un déficit democrático. Que hay una falta de democracia en la UE. Una primera explicación del déficit democrático de la unión está relacionada con su marco institucional. Así, la correcta representación y la participación democrática de los ciudadanos europeos parece problemática. La dinámica y el desarrollo de la integración europea han ocasionado una transferencia de sobe-

---

<sup>8</sup> Para una revisión crítica de esa escuela, cfr. Stavridis, 1991.

<sup>9</sup> Para una reseña, cfr. *op.cit.* Stavridis, 1991.

ranía desde los Estados miembros gradualmente a la UE. Las funciones de los Estados nación han disminuido y siguen disminuyendo cada vez que hay una nueva política común a nivel europeo, y por tanto sus respectivas responsabilidades son transferidas a cuerpos supranacionales. Puede así argüirse que, según la llamada visión ortodoxa, “the democratic deficit of the Union derives from the fact that the transfer of national parliamentary responsibilities to the governmentally appointed Commission and the intergovernmental Council has not been matched by a commensurate increase in the competences of the European Parliament”<sup>10</sup>.

Para este enfoque tradicional, la falta de democracia en la UE depende principalmente del papel del PE. Para expresarlo de otra manera, la responsabilidad democrática de la UE podría teóricamente mejorarse si se aumentasen los poderes del PE. Es verdad que sus funciones se han ampliado en los últimos años. No obstante, la constante extensión de los poderes del PE solo ha tenido un éxito parcial para hacer frente al déficit democrático de la unión. El proceso legislativo de la UE sigue siendo complejo y poco transparente y la gran mayoría de los ciudadanos europeos se encuentran distantes de los centros de toma de decisiones de dicha unión<sup>11</sup>. Como mantienen muchos expertos, el Gobierno europeo es considerado como “remoto, opaco e inaccesible”<sup>12</sup>.

Existen al menos otras dos dimensiones en lo que se refiere esta cuestión<sup>13</sup>: una es la dimensión psicosociológica —es decir, la cuestión de una esfera pública europea o *demos* europeo— a la cual regresaremos después. Basta decir aquí que otra dimensión consiste en una creciente inconexión entre las élites y los pueblos<sup>14</sup>. La expresión más reciente del desacuerdo de los ciudadanos de la UE con el funcionamiento de la unión quedó subrayada con la negativa francesa y holandesa en los referéndums de 2005 sobre la Constitución y en el de 2008 por parte del pueblo irlandés. En parte, este fenómeno ha conducido a la distinción que se está dibujando entre la tradicional “representación electoral” (basada en el sufragio universal directo), por una parte, y el creciente peso de la “opinión pública”, por otra. Jacques Julliard argumenta que este fenómeno siempre ha estado presente, pero que al final del día los cargos elegidos gobiernan a los gobernados<sup>15</sup>.

La otra es una brecha de información. Nos referiremos a las dos en este capítulo, pero focalizándonos en la primera. Aunque no desarrollemos la brecha informativa aquí, bastará mencionar que, por una parte, están aquellos que estiman que la actual falta de información acerca de las instituciones, medidas y políticas de la UE significa que no hay un apoyo real hacia este proceso y que, además, cuanto más se profundiza en dicho proceso, mayor es la distancia que cubre la brecha de información<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> Chrysochoou, 1998: 31; cfr. Chrysochoou, 2001; Stavridis, Verdun, 2001a.

<sup>11</sup> Cfr. Tsoukalis, 2003: 37 y 34.

<sup>12</sup> Cfr. Grundmann, Smith, Wright, 2000: 300.

<sup>13</sup> Cfr. Stavridis, Verdun, 2001b.

<sup>14</sup> Cfr. Stavridis, 1993.

<sup>15</sup> Régis Debray y Jacques Julliard (2008, 31 may): “L’opinion, malade infantile ou sénile de la démocratie”, *Le Monde* [en línea en [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr) citado 27 may 12].

<sup>16</sup> Por ejemplo, cfr. CCE (2006): “White paper on a European communications policy” [en línea en [http://www.epri.org/epriknowledge/contents/Material\\_2nd\\_EPRI\\_workshop/white\\_paper\\_en.pdf](http://www.epri.org/epriknowledge/contents/Material_2nd_EPRI_workshop/white_paper_en.pdf) citado 27 may 12].

Por otra parte, están quienes defienden que el proceso de integración europea ha sido manejado fundamentalmente por las élites y que ha sido cuidadosamente apartado de las masas populares. Sobre todo, porque hubo una objeción popular inicial hacia dicho proceso, si no un rechazo total, pero también porque sus primeras fases fueron demasiado técnicas para ser entendidas en los medios populares.

Las páginas que siguen se concentran en el debate académico relativo a la existencia potencial de una esfera pública europea (*European public sphere*). Trata del déficit democrático de la unión y sostendrá que la creación de dicha esfera podría contemplarse como un remedio potencial para este problema. En consecuencia, analizaremos el concepto de esfera pública y exploraremos cómo puede medirse teóricamente.

### III. Opinión pública europea

#### 1. La idea de una esfera pública europea

Investigando soluciones para paliar el déficit democrático de la UE, Loukas Tsoukalis afirmaba: "Direct elections to the European Parliament have not generated any Europe-wide debates on issues dealt by EU institutions; and such debates that have taken place have been confined to small sections of the political elite, experts and intellectuals. European construction remains an affair for the cognoscenti; the people are expected to follow"<sup>17</sup>.

En este sentido, esto significa que sería necesario y beneficioso un foro de interacción e intermediación entre las autoridades públicas y los ciudadanos. Por ello, el concepto de *esfera pública europea* es relevante. De hecho, muchos académicos consideran que el desarrollo de una esfera pública europea en el seno de la UE es un prerequisite para la democracia<sup>18</sup>.

La creación potencial de una esfera pública europea está vinculada a la formación de una ciudadanía europea y a la posible identidad en la política europea. La UE ha dado pasos en la dirección de forjar una ciudadanía europea. Específicamente, el Tratado de Maastricht en 1993 introdujo el concepto de *ciudadanía europea*, que entrañaba, entre otros, el derecho de los ciudadanos de la UE a participar en la vida política de los Estados miembros distintos del de su nacionalidad, a residir libremente en cualquier Estado de la unión y a disfrutar de la protección consular de la representación de cualquier Estado miembro en un tercer país<sup>19</sup>.

A pesar de dichas disposiciones, las oportunidades de participación popular de los ciudadanos de la UE siguen siendo bajas. La creciente significación de una esfera pública europea podría ir más allá, teóricamente, de los intentos realizados para lidiar con el déficit democrático de la UE, puesto que podría conducir a la formación de un

---

<sup>17</sup> *Op.cit.* Tsoukalis, 2003: 37.

<sup>18</sup> *Cfr. op.cit.* Chrysochoou, 1998: 87; Closa, 1998: 75; Kantner, 2003: 213.

<sup>19</sup> *Cfr.* Dell'Olio, 2005: 69; aunque aún subsisten bastantes limitaciones, *cfr.* Stavridis, Thouez, 2001.

*demos* transnacional en el seno de la unión. Este *demos* transnacional podría estar compuesto de miembros que no procedan de colectivos de ciudadanos fragmentados y mutuamente alienados, sino que puedan dar lugar a un nuevo tipo de identidad colectiva. En este sentido, un *demos* transnacional políticamente consciente podría ser capaz de dirigir sus reivindicaciones ante las instituciones centrales de la UE<sup>20</sup>.

## 2. ¿Existe una esfera pública?

Una referencia a un trabajo de Jürgen Habermas (1989) traducido del alemán al inglés, es necesaria cuando se invoca la noción de esfera pública. El filósofo alemán fue el primero en introducir este concepto de *esfera pública*: se refiere al alcance de la interacción de los ciudadanos e incluye todos los lugares en que las ideas políticamente relevantes pueden expresarse y debatirse. Implica la posibilidad para la gente de encontrarse y discutir libre y abiertamente sobre temas de interés común que les afectan. También presupone que todos los ciudadanos tienen igual acceso a la comunicación, que es independiente de la censura gubernamental y que pueden simultáneamente influir en la agenda del Gobierno<sup>21</sup>. En su trabajo, Habermas explora históricamente la formulación de la esfera pública e indica que esta surgió entre las clases burguesas de Europa Occidental en los siglos XVIII y XIX, considerando como centros de intercambio de ideas las *coffee houses* en Londres y los salones franceses.

La esfera pública contemporánea difiere de la que se formó en los siglos XVIII y XIX. Los clubes, *coffee houses*, salones, panfletos y otros elementos y lugares característicos tradicionales para el intercambio de ideas cedieron gradualmente su posición a la industria de los medios de comunicación. En este contexto, la función de la comunicación mediata juega un papel crucial en la esfera pública contemporánea<sup>22</sup>. El propio Habermas, que vio surgir la esfera pública desde su inicio en la prensa, observó su decadencia durante el siglo XX. Atribuye esta decadencia al ascenso de los aspectos comerciales y a las relaciones públicas que resultan de una racionalidad limitada por parte de los medios y de los periodistas. Así, el concepto de la *esfera pública* es más difícil de verse realizado y aplicado en las sociedades modernas.

La dificultad para que el ideal de la esfera pública pueda realizarse ha creado un vivo debate respecto a su existencia, especialmente en nuestros días. Por una parte, hay académicos que aceptan la idea de su existencia. Por ejemplo, Peter Dahlgren ha escrito: "it is meaningful to speak about a public sphere that does exist today, but by any standard of evaluation it is in a dismal state"<sup>23</sup>.

Por otra parte, académicos, como James Curran y Nancy Fraser cuestionan el estatus empírico de la esfera pública y solo reconocen su dimensión normativa<sup>24</sup>. Otro

<sup>20</sup> Cfr. *op.cit.* Chrysoschoou, 1998: 87 y 91.

<sup>21</sup> Cfr. Bennett, Entman, 2001: 3.

<sup>22</sup> Cfr. *op. cit.* Bennett, Entman, 2001: 5.

<sup>23</sup> Dahlgren, 2001: 35.

<sup>24</sup> Cfr. Fraser, 1992: 137.

ejemplo es el de Colin Sparks, quien argumenta que los medios solo representan de manera muy escasamente fiable a la esfera pública<sup>25</sup>.

Un significativo factor restrictivo para la existencia de una esfera pública es la distorsión de la calidad de información proporcionada por los medios a diversas audiencias y los límites de la objetividad en el trabajo periodístico. Las oportunidades reales de los ciudadanos para obtener una representación fidedigna a través de los medios son cuestionables. El acceso del público a la información relevante es muy limitado y está restringido a la prensa y a canales especializados. Los grupos sociales de las clases bajas y las capas desfavorecidas están marginados de diversas formas de información. La prensa más seria tiende a ser un coto de las élites sociales y el aumento de las subcripciones ha conducido a una falta de universalismo en las emisiones por satélite<sup>26</sup>. Además, el público puede participar difícilmente en el debate político a través de los medios de comunicación. Como señala Jim McGuigan, “there is no single public sphere to which we all have access and in which we all participate equally. People have little power to influence what happens as ‘big decisions are made at the higher reaches of public and business administration, behind closed doors’”<sup>27</sup>.

### 3. El rol de los medios

Se ha mencionado que sobre la base de la existencia potencial de una esfera pública europea podría crearse un *demos* europeo transnacional. Pero, esta no es una tarea fácil. La UE se halla, desde su fundación, en un proceso de transformación e incluso su propio alcance territorial ha cambiado constantemente. La unión consiste en diferentes Estados nación que tienen su propia cultura e historia. La fuerza de las identidades nacionales da como resultado el hecho de que muy pocas personas se identifican como ciudadanos europeos, en primer lugar<sup>28</sup>. Sin embargo, aunque la UE no puede ser considerada como un Estado, los elementos supranacionales que se dan en su estructura demuestran que hay una política democrática emergente que, gradualmente, avanza más allá de las fronteras de sus Estados miembros. En este sentido, la función de los medios europeos se halla en la vanguardia. La cuestión que se plantea es la de saber cómo pueden contribuir a la formación de una esfera pública europea y, subsidiariamente, al cultivo de una identidad colectiva europea.

Los medios —entre otras instituciones culturales y eventos diversos, así como rituales y narrativas— han contribuido a la construcción de las identidades nacionales<sup>29</sup>. Según Benedict Anderson, la nación es “una comunidad política imaginaria” y el desarrollo de la identidad de una nación está ligado a la expansión de los sistemas de comunicación<sup>30</sup>. En el contexto de la UE, los medios podrían jugar un papel similar. El

---

<sup>25</sup> Cfr. Sparks, 2001: 78.

<sup>26</sup> Ídem.

<sup>27</sup> McGuigan, 1996: 4.

<sup>28</sup> Cfr. Grundman, 1999: 125; *op.cit.* Tsoukalis, 2003: 35.

<sup>29</sup> Cfr. Anderson, 1983; Gellner, 1983.

<sup>30</sup> Cfr. *op. cit.* Anderson, 1983: 15.

cultivo de una identidad europea por parte de los medios, como sucedió con los Estados nación, puede verse facilitado si se tienen en cuenta los dos factores siguientes: primero, el concepto de identidad en sí mismo no es fijo, sino que es un proyecto en transformación<sup>31</sup>; y segundo, la esfera pública no está necesariamente restringida al Estado nación<sup>32</sup>. En este sentido, en un contexto de cambio político, económico y mediático marcado por la globalización, la creación de una esfera pública transnacional puede coadyuvar a engendrar identidades políticas transnacionales<sup>33</sup>.

La tecnología de las comunicaciones facilita teóricamente la circulación del flujo de información. Divya C. McMillin ha señalado al respecto que la globalización de los medios pone de relieve la tensión entre la conservación de las fronteras y la liberalización económica<sup>34</sup>. Particularmente, el establecimiento de sistemas de información de ámbito internacional, como la CNN y MTV inauguró una nueva era de la comunicación global, con la distribución de un mismo programa por todo el mundo en treinta minutos, a través de las naciones y las culturas<sup>35</sup>. Este fenómeno plantea el tema de conocer el impacto que los desarrollos tecnológicos tienen y tendrán en la política diaria. No hay dudas de que el ciberactivismo ha devenido, sino la norma, sí algo usual y aceptable actualmente en las democracias desarrolladas, como la campaña de primarias de las elecciones presidenciales de Estados Unidos (2008) claramente demostró: “No hablamos de tecnología. Hablamos de la política del futuro, de repensarla”<sup>36</sup>.

Pero no todos los cambios tecnológicos tendrán necesariamente un impacto positivo. Hay un número de temas relacionados que caen fuera del ámbito de este estudio. Un solo ejemplo relativo a quienes poseen estos nuevos (pero también antiguos) medios. La propiedad de los medios, o más particularmente su concentración en manos de Gobiernos o de grandes magnates (y sus familias), ha constituido siempre un tema importante. Según un reciente estudio de Simeon Djankow y su equipo en 97 países (que se basó en los cinco periódicos más leídos, los cinco canales de televisión con mayor audiencia y las cinco emisoras de radio más escuchadas), solo el 4 % no estaban bajo el control de Gobiernos o de magnates. El Estado posee el 30 % de los periódicos, el 60 % de los grandes canales de televisión y el 72 % de las emisoras de radio más importantes. Los magnates y sus familias controlan el resto: el 54 % de los periódicos y el 34 % de las cadenas de televisión<sup>37</sup>.

#### 4. Enfoques para la medición de una esfera pública europea

El siguiente paso es analizar cómo la cobertura de los medios de comunicación puede reflejar y representar la existencia o no de una esfera pública europea. El de-

---

<sup>31</sup> Cfr. Giddens, 1991.

<sup>32</sup> Cfr. Habermas, 1989.

<sup>33</sup> Cfr. Downey, Koenig, 2006: 166.

<sup>34</sup> Cfr. McMillin, 2007: 6.

<sup>35</sup> Cfr. Volkmer, 1999.

<sup>36</sup> Antoni Guitérrez-Rubí (2008, 22 jun): “El nacimiento del ciberactivismo político”, *El País*.

<sup>37</sup> Cfr. Moisés Naím (2008, 22 jun): “La información y sus dueños”, *El País*.

bate teórico sobre su posible existencia tiene dos ramas. La esfera pública europea puede ser concebida ya sea como existente con independencia de los Estados nación o, como emergente sobre la base de una europeización de las esferas públicas nacionales de los Estados miembros de la UE<sup>38</sup>. Por un lado, la idea de la existencia de una esfera pública paneuropea con independencia de los Estados nación parece utópica. Ello se debe a que no hay medios de comunicación de ámbito europeo que informen del *demos* europeo en su conjunto<sup>39</sup>. La ausencia de medios de comunicación a escala europea se explica parcialmente debido a los diferentes idiomas que inhiben la comunicación entre las poblaciones dentro de la UE<sup>40</sup>. Aunque el inglés es la lengua más extendida en la UE, no puede ser considerado como un lenguaje común para los ciudadanos de la unión<sup>41</sup>. Además, otra explicación para la ausencia de medios de comunicación europeos es la falta de una cultura de medios comunes y la formación periodística en la UE<sup>42</sup>.

Por otra parte, la europeización de las esferas públicas nacionales de los Estados miembros de la UE es una teoría más plausible. Por estos motivos, una hipotética esfera pública europea puede estar basada en la sincronización y la homogeneización de las esferas públicas nacionales<sup>43</sup>. Thomas Risse, por ejemplo, observa que una esfera pública europea ideal resultaría si los mismos temas se discutieran en el momento mismo en los mismos niveles de atención, con marcos de referencia y patrones de interpretación similares, a través de las esferas pública nacionales y de los medios de comunicación; si surgiese una comunidad transnacional de comunicación, y un discurso común fuese utilizado a la vez por hablantes y oyentes en la UE<sup>44</sup>. En la misma dirección, Philip Schlesinger ha identificado tres criterios para la creación de una esfera pública europea que<sup>45</sup>:

- afecte a la difusión de una agenda común de noticias europeas;
- necesite convertirse en una parte significativa de los hábitos de consumo cotidianos de noticias de las audiencias europeas;
- suponga que quienes viven en la UE han comenzado a pensar en su ciudadanía, al menos en parte, trascendiendo el nivel de los Estados nación miembros.

La forma básica en la que se mide una esfera pública europea implica, tanto el análisis cuantitativo, como el cualitativo de los medios nacionales de los Estados miembros de la UE<sup>46</sup>. El análisis cuantitativo se propone contar la frecuencia con que se mencionan en los medios de comunicación Europa, las instituciones europeas y los asuntos europeos<sup>47</sup>. El análisis cualitativo se encarga de analizar la información en los

---

<sup>38</sup> Cfr. Gerhards, 1993: 100.

<sup>39</sup> Cfr. *op.cit.* Grundmann, 1999: 127.

<sup>40</sup> Cfr. Smith, Wright, 1999: 7.

<sup>41</sup> Cfr. Machill, Beiler, Fischer, 2006: 62.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Cfr. *op.cit.* Grundmann, 1999: 136.

<sup>44</sup> Cfr. Risse, 2003: 1.

<sup>45</sup> Cfr. Schlesinger, 1999: 277-278.

<sup>46</sup> Cfr. Kevin, 2003: 174.

<sup>47</sup> Cfr. *op. cit.* Gerhards, 1993.



medios sobre determinados asuntos de la UE como, por ejemplo, la guerra de Kosovo, el debate de Haider, el caso de Berlusconi-Schultz, la encefalopatía espongiforme bovina (EEB) o la cotización del euro<sup>48</sup>.

#### **IV. La opinión pública europea y la guerra en Iraq: ¿un final vibrante o solo una experiencia efímera?**

##### **1. La evidencia general**

El antiamericanismo en Europa no es un fenómeno reciente sino que tiene raíces históricas<sup>49</sup>. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial en adelante, se considera como una combinación de la envidia por el poder de Estados Unidos, el desprecio por su cultura y la preocupación por su poderío militar y su presencia<sup>50</sup>. Durante la guerra fría, la dependencia estratégica y económica de Europa occidental hacia Washington en el marco de la contención de la URSS no dejó que el antiamericanismo se manifestara en toda su intensidad. Después de la caída del muro de Berlín en 1989, sin embargo, cuando Estados Unidos se consolidó como la superpotencia única del mundo y la amenaza de una posible expansión del comunismo dejó de existir, las cosas empezaron a cambiar gradualmente. La percepción negativa de Estados Unidos se convirtió en una característica común en muchos países europeos. En 1997 el canciller francés, Hubert Védrine afirmó: “Los EE. UU. tienen activos que todavía no están a disposición de ningún otro poder: la influencia política, la supremacía del dólar, el control de las redes de comunicaciones, fábricas de sueños, las nuevas tecnologías. Súmese a ello el Pentágono, Boeing, Coca-Cola, Microsoft, Hollywood, CNN, Internet, el idioma inglés; una situación prácticamente no tiene precedentes”<sup>51</sup>.

El sentimiento antiestadounidense en Europa se vio reforzado en el inicio de la administración de George W. Bush en enero de 2001. Aunque los signos del unilateralismo de Estados Unidos en el enfoque de los asuntos mundiales ya se había hecho evidente desde los años de Bill Clinton, la política de Bush hijo —como por ejemplo la negativa a ratificar el Protocolo de Kioto— agudizó esta tendencia y la hizo mucho más visible. Según una encuesta del Pew Research Center realizada en agosto de 2001, los encuestados en varios países europeos consideraban al nuevo presidente de Estados Unidos como unilateral. En particular, la población de Gran Bretaña (49 %), Francia (59 %), Alemania (65 %) e Italia (46 %) desaprobaba el manejo de la política internacional de Bush<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Por ejemplo, cfr. *op. cit.* Downey, Koenig, 2006.

<sup>49</sup> En Italia, por ejemplo, el antiamericanismo se remonta a la pontificía de León XIII que, en 1885, había expresado su temor a la influencia de América sobre la Iglesia (Teodori, 2004: 109).

<sup>50</sup> Cfr. Hollander, 1992: 369.

<sup>51</sup> Citado en Joffe, 2007: 104.

<sup>52</sup> Cfr. Pew Research Centre, 2001a.

El impacto de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 transformó el antiamericanismo en simpatía por Estados Unidos, al menos temporalmente. La UE se mantuvo inicialmente hombro con hombro con Washington en su guerra contra el terrorismo. El titular de *Le Monde*, por ejemplo, fue enfático: “Nous sommes tous Américains” (“Todos somos americanos”)<sup>53</sup>. La OTAN invocó por primera vez su artículo 5 y la campaña militar liderada por Estados Unidos contra Afganistán fue apoyada por una coalición de muchos países, entre otros, los europeos. Sin embargo, una encuesta realizada por el Pew Research Centre en noviembre de 2001 reveló que el 36 % de los líderes de opinión preguntados en Europa occidental consideraba que las políticas estadounidenses en el mundo eran una de las principales causas de los atentados terroristas. El 66 % de ellos también convino en que era “bueno para Estados Unidos sentirse vulnerable”<sup>54</sup>. En este sentido, para algunos antiamericanos la guerra de Estados Unidos contra Afganistán —a pesar del consenso general— fue un acto de agresión<sup>55</sup>.

Cuando Estados Unidos decidió actuar de forma preventiva con el fin de derrocar el régimen de Sadam Huseín en Iraq, el antiamericanismo empezó a aumentar de nuevo en Europa. Aunque los Gobiernos de varios países europeos, más en particular de Gran Bretaña, Italia y España, decidieron cooperar con Estados Unidos, la opinión pública en la UE no vio los planes de guerra de Bush de una manera positiva. En Gran Bretaña, por ejemplo, el porcentaje de quienes aprobaron la forma en la que Bush estaba manejando en asunto de Iraq cayó del 30 % en septiembre de 2002, al 19 % en enero de 2003<sup>56</sup>. En este contexto, una encuesta de opinión pública realizada por el German Marshall Fund en 2003 muestra que la población en varios países europeos no estaba satisfecha con la política exterior de Bush, independientemente de la postura de sus Gobiernos, que estaban divididos<sup>57</sup>. En concreto, los porcentajes fueron los siguientes:

Tabla 1: El desacuerdo con la política exterior de Bush en Europa<sup>58</sup>

Countries	Porcentaje
Great Britain	57 %
France	82 %
Germany	81 %
Italy	57 %
The Netherlands	61 %
Portugal	51 %

<sup>53</sup> Jean-Marie Colombani (2001, 13 sep): “Nous sommes tous Américains”, *Le Monde*.

<sup>54</sup> Cfr. Pew Research Centre, 2001b.

<sup>55</sup> Cfr. Rubin, Rubin, 2004: 209.

<sup>56</sup> Cfr. Gordon, Shapiro 2004: 144.

<sup>57</sup> Cfr. German Marshall Fund, 2003: 5.

<sup>58</sup> Fuente: German Marshall Fund, 2003.

No solo la encuesta del German Marshall Fund, sino también las publicadas por otras instituciones produjeron resultados similares. En concreto, una encuesta organizada por EOS Gallup para la BBC se centró en la oposición a la guerra en Iraq en varios países europeos sobre la base de la posible autorización de la campaña militar por las Naciones Unidas (véase la tabla 2). Los resultados de esta encuesta muestran no solo los sentimientos antiestadounidenses en Gran Bretaña, Francia, Alemania e Italia, sino también la importancia que los ciudadanos europeos atribuyen al papel que la ONU había de cumplir en la guerra.

Tabla 2: La oposición a la guerra de Iraq en Europa con y sin mandato de la ONU<sup>59</sup>

Countries	Without UN support	With UN support
Great Britain	87 %	29 %
France	89 %	51 %
Germany	88 %	32 %
Italy	69 %	16 %

También vale la pena mencionar que, en febrero de 2003, la opinión pública europea comenzó a expresarse. El día después de que los inspectores de armas de la ONU se declararan en contra de la probabilidad de que Iraq poseyera armas de destrucción masiva, el fin de semana del 15 de febrero, se materializaron en toda Europa algunas de las mayores protestas públicas en las últimas décadas, con casi un millón de personas en Londres, uno o dos millones en Roma, entre 300 000 y 500 000 en Berlín y 100 000 en París.

## 2. Lecciones adicionales de otros casos empíricos

En un estudio anterior, uno de los presentes autores<sup>60</sup> evaluó las reacciones de la población griega ante tres fenómenos muy significativos: el 11S, Afganistán e Iraq. Lo que sigue se basa en los resultados de una revisión selectiva de la literatura existente sobre el tema. Una primera lección que cabe extraer es, si es posible, la de construir algo sobre la base de una actitud que es fundamentalmente negativa, es decir, contra otra cosa, en este caso, el antiamericanismo. Se trata claramente de una cuestión problemática para la política exterior griega, pero también para la de otros Estados de la UE, por ejemplo España. Además, si el antiamericanismo no puede servir de base para el surgimiento de una política exterior europea, ¿cuál podría ser esa base? El cultivo de una identidad europea que, teóricamente, puede conducir a la UE y a sus ciudadanos a considerar sus intereses europeos a expensas de sus intereses nacionales, parece ciertamente una utopía.

<sup>59</sup> Fuente: EOS Gallup, publicada por la BBC en enero de 2003 (Kritzinger, 2003).

<sup>60</sup> Cfr. Stavridis, 2007.

Una segunda posible lección del caso griego, es que podríamos estar presenciando una brecha creciente entre las élites y la opinión pública. En el caso de Grecia, está claro que esa diferencia es cada vez mayor<sup>61</sup>. Otras se refieren al ejemplo español y, en particular, el impacto de las elecciones de 2004 y la subsiguiente retirada de las tropas, lo que conduce a una conclusión diferente. Pero este enfoque no puede descartar el hecho de que inicialmente ocho y luego otros diez, es decir, 28 jefes de Estado y de Gobierno pidieron un apoyo al ataque de Estados Unidos contra Iraq<sup>62</sup>. Esto representa una gran mayoría de los Gobiernos europeos. Por lo tanto, es importante distinguir entre la retórica antiestadounidense en los niveles de élite y los vínculos reales económicos y comerciales entre las dos orillas del Atlántico que no han sido afectados por la guerra de Iraq. De hecho, han prosperado de forma espectacular<sup>63</sup>.

Otros ejemplos significativos similares incluirían aspectos recientes y en curso de la amplia y sistemática cooperación entre UE y Estados Unidos, por ejemplo, la decisión de compartir los datos de la policía<sup>64</sup>. Esta nueva medida fue, obviamente, presentada como una manera de eliminar todas las restricciones restantes que algunos ciudadanos de la UE siguen encontrando para ir a los Estados Unidos (visados). En parte, esta es una razón válida para adoptar dichas medidas. Pero también implica que los Gobiernos de la UE y sus instituciones aceptan algunos de los puntos de vista de Estados Unidos sobre cómo abordar la lucha contra el terrorismo, ya que compartir instrumentos implica compartir puntos de vista. Y aunque no se da el caso actualmente, significa que será así en el futuro. También es necesario referirse a la oposición inicial europea (y en ocasiones, a las clamorosas críticas) con respecto a los enfoques de Estados Unidos que han sido lentamente reemplazada por un enfoque mucho más cercano: por ejemplo, en el transporte aéreo, sobre la prohibición de los líquidos en el equipaje de mano o a la autorización para utilizar vigilantes armados a bordo de los aviones.

Tanto en el caso griego como en el español, se argumenta que el antiamericanismo se debe principalmente a la influencia de la izquierda política. En este sentido, Chislett, en un estudio elaborado para el Instituto Elcano de Asuntos Internacionales y Estratégicos de Madrid, afirma que España es el país más de izquierda de Europa<sup>65</sup>.

En Grecia, el argumento es que tiene más que ver con su geografía e incluso con la cultura que con su ideología política. De hecho, una de las conclusiones de estudios recientes<sup>66</sup> es que el antiamericanismo no continua siendo una cuestión que divide a izquierda y derecha. Obviamente, esto no confirma necesariamente la afirmación de que ya no hay diferencia entre la izquierda y la derecha, en Grecia o en otros lugares. Basta con analizar las campañas electorales y los debates poselectorales para demostrar que esto no es así.

---

<sup>61</sup> Ídem.

<sup>62</sup> Para consultar la lista completa y otros detalles, cfr. Peterson, 2004: 16.

<sup>63</sup> Cfr. Renfordt, 2007.

<sup>64</sup> "Vers un échange de données policières entre l'Europe et les Etats-Unis", *Le Monde*, 18 de abril de 2008.

<sup>65</sup> Cfr. Chislett, 2006.

<sup>66</sup> Como se informa en *op. cit.* Stavridis, 2007.

### 3. Los medios de comunicación

Una explicación de la brecha transatlántica se relaciona con el papel que juegan los medios de comunicación. Por ejemplo, el columnista Paul Krugman (*The New York Times*) sostiene que los medios que informaron inicialmente sobre el desencadenamiento de la guerra de Iraq fueron los responsables de la diferente manera en la que los europeos y los estadounidenses veían el mundo. Él se esfuerza por explicar la brecha transatlántica en Europa sobre la base de un “sesgo antiestadounidense generalizado” de los medios europeos<sup>67</sup>. Además, el exeditor de *Financial Times*, Richard Lambert, señala que los medios de comunicación europeos han demostrado signos de anti-americanismo durante años. Observa que la cobertura de la información sobre Estados Unidos puede revelar algo sobre el estado de la asociación transatlántica, señalando que los medios de comunicación reflejan y refuerzan la opinión de sus lectores<sup>68</sup>.

Por supuesto, la brecha transatlántica no puede atribuirse únicamente al papel de los medios de comunicación. También hay factores adicionales que contribuyeron a la creación de una visión negativa de Estados Unidos en Europa. La oposición europea a los planes de guerra de Estados Unidos también se explica a partir de criterios políticos. Por ejemplo, el canciller alemán Gerhard Schröder diseñó su campaña electoral sobre la base de su oposición a la decisión de Washington de dirigir una operación militar para derrocar al régimen de Sadam Huseín y, por lo tanto, logró ser reelegido. Además, el presidente de Francia, Jacques Chirac, se opuso a la guerra de Washington en la línea de la ilusión de Charles de Gaulle por una Europa poderosa, que podría ser capaz de competir con Estados Unidos.

Las decisiones de la Administración de Estados Unidos de colocar a Iraq, Irán y Corea del Norte en un eje de los países mal y, posteriormente, de embarcarse en una operación militar para derrocar a Sadam Huseín del poder, no habían sido aprobadas por varios de los principales periódicos europeos. Una plétora de ejemplos pone de relieve que los medios de comunicación escrita de los países de la UE no veían de una manera positiva una política exterior de Estados Unidos basada en el uso de la fuerza, y que eran pesimistas sobre la exportación *manu militari* de la democracia al Oriente Medio. El diario italiano conservador *Il Corriere della Sera*, por ejemplo, afirmó que el éxito militar inicial de Estados Unidos en Iraq no podría transformarse en una victoria política como George W. Bush había esperado. En particular, Gianni Riotta señaló: “Il presidente ha compreso che la strategi unilaterale dei suoi consiglieri neoconservatori non funziona. Da soli gli Stati Uniti hanno vinto la guerra ma non possono ricostruire l'Iraq”<sup>69</sup>.

Incluso *The Times*, que había apoyado la guerra de Iraq y la decisión de Tony Blair de cooperar con George W. Bush, no dudó en criticar en algunos de sus artículos a políticos de Estados Unidos que estaban a favor de la campaña militar. Simon Jenkins,

---

<sup>67</sup> Citado en Lehmann, 2005: 63-64.

<sup>68</sup> Cfr. Lambert, 2003: 62-63.

<sup>69</sup> “El presidente ha comprendido que la estrategia unilateral de sus consejeros neoconservadores no funciona. Por sí solos los Estados Unidos han ganado la guerra, pero no pueden reconstruir Iraq” (Gianni Riotta [2003, 9 sep]: “Bush e il conto dell'Iraq, la partita più dura”, *Il Corriere della Sera*).

por ejemplo, retrata a los neoconservadores como “bolcheviques” y “yihadistas”<sup>70</sup>. En este caso, el significado emocional de los adjetivos utilizados es digno de mención. El primero se refiere a los que dirigieron la revolución comunista de 1917 en Rusia. El último se refiere a un grupo de terroristas musulmanes que tiene la intención de destruir a Estados Unidos y a sus aliados.

En paralelo, el periódico francés conservador *Le Figaro* destacó la ilusión en Europa por una victoria de John Kerry en las elecciones presidenciales de Estados Unidos de noviembre de 2004. Bruno Tertrais señaló: “L’Europe a fait un rêve. John F. Kerry (JFK) est élu président des Etats-Unis et, comme par enchantement, elle retrouve l’Amérique qu’elle aime”<sup>71</sup>.

El uso del término *sueño* es característico y muestra un alivio potencial por la salida de los republicanos del poder en Estados Unidos. Implicaba que con John Kerry la UE podría ser capaz de cooperar sin problemas con Estados Unidos como había sucedido durante los años de Clinton. Podría decirse que Clinton siguió el camino del multilateralismo en los asuntos mundiales. En este sentido, el enfoque del liberal *Le Monde* no fue diferente. El periódico francés señaló en un editorial: “Pour la marche du monde, une victoire de John Kerry est préférable le 2 novembre. Pour que l’Europe et les Etats-Unis aient une chance de prendre ensemble un nouveau départ”<sup>72</sup>.

El periódico alemán liberal, *Sueddeutsche Zeitung*, también estaba negativamente predispuesto en contra de George W. Bush y del primer ministro británico Tony Blair por su decisión de invadir Bagdad, en marzo de 2003. En concreto, cuando no se encontraron pruebas de que Iraq poseía armas de destrucción masiva, manifestó que: “Saddam musste weg: Diesem Ziel ordneten die Regierungen in Washington und London alles unter, auch die Wahrheit”<sup>73</sup>.

Más allá de los ejemplos mencionados, varios trabajos de investigación realizados confirman el clima negativo para Estados Unidos en Europa. Swantje Renfordt, por ejemplo, descubrió que los periódicos británicos y alemanes presentaron la política exterior de Estados Unidos como “problemática”<sup>74</sup>. Esta investigación analizó *The Times*, *The Guardian*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* y *Sueddeutsche Zeitung*.

## V. Conclusiones

En este capítulo se ha demostrado que, lejos de poder hablar de una opinión pública europea, todavía queda un largo camino por recorrer antes de que tal objetivo

<sup>70</sup> Simon Jenkins (2004, 30 oct): “The slogan: it’s security stupid has poisoned American politics”, *The Times*.

<sup>71</sup> “Europa tuvo un sueño: John Kerry es elegido presidente de los Estados Unidos y, como por arte de magia, reencuentra a los Estados Unidos que ama” (Bruno Tertrais [2005, 19 mar]: “George W. Bush et la paix démocratique”, *Le Figaro*).

<sup>72</sup> “Por el bien del mundo, sería preferible la victoria de John Kerry el 2 de noviembre para que Europa y los Estados Unidos tengan la oportunidad de empezar de nuevo juntos” (“Le choix Américain”, *Le Monde*, 1 de noviembre de 2004).

<sup>73</sup> “Saddam tenía que irse: para los gobiernos de Washington y Londres, todo estaba subordinado a ese objetivo, incluso la verdad” (Thomas Kirchner [2005, 7 jun]: “Protokoll Eines Vorsätzlichen Krieges”, *Sueddeutsche Zeitung*).

<sup>74</sup> Cfr. *op. cit.* Renfordt, 2007: 10.

se haya alcanzado realmente. Dejamos abierta la pregunta de si esta evolución sería necesariamente un cambio positivo, especialmente teniendo en cuenta el valor —reiterado frecuentemente— de la diversidad interna de puntos de vista, opiniones y tradiciones en Europa.

También hemos señalado una serie de obstáculos y dificultades para el surgimiento de una esfera pública europea. Se ha prestado, asimismo, especial atención al papel de los medios de comunicación, pero hay otras áreas que merecen la misma atención: historia, cultura, política, economía, etc.

También hemos abordado otras dos cuestiones: por un lado, hemos destacado la interconexión de la cuestión de una esfera pública en Europa con la cuestión del déficit democrático de la UE. En este sentido, las implicaciones más amplias de esta creciente brecha entre élite y masa, tanto en los Estados miembros como en las instituciones de la UE, que para la teoría y la práctica democráticas son muy graves. A menos que no se considere que la democracia es importante, representa un grave desafío para el siglo XXI. Es interesante observar —si hay en realidad evidencia de una opinión pública a escala europea— que en un reciente informe del PE sobre la defensa, la gran mayoría de los eurodiputados han adoptado una línea que está muy próxima a la de las élites europeas, y no muy lejos —al menos en su evaluación de riesgos— a la de la Casa Blanca. Sin embargo, también existe un informe de minoría que apoyaba firmemente una visión pacifista del mundo, algo que no encaja en absoluto con la actual militarización de la unión en su conjunto<sup>75</sup>. Aunque el hecho de la militarización de la UE —considerada como un bien o un mal— cae fuera del ámbito del presente capítulo, pero es algo que nadie puede ignorar: está ocurriendo.

Por otro lado, también hemos observado que la opinión pública en los asuntos exteriores es también muy conocida por su volatilidad. Por ejemplo, en los últimos meses el líder extranjero menos valorado en España ya no es George Bush. Ahora es el dirigente de Venezuela, Hugo Chávez<sup>76</sup>. Otra encuesta reciente muestra que, en general, los europeos han identificado una nueva amenaza para la estabilidad mundial: China<sup>77</sup>.

Esta volatilidad no significa que el sentimiento antiestadounidense vaya a desaparecer. Pero, paradójicamente, podríamos encontrarnos en una situación donde muchos antiamericanos hayan echado en falta a Bush desde que dejó la Presidencia a principios de 2009<sup>78</sup>. Finalmente, Europa necesita algo más que una actitud negativa para desarrollar una política común en materia de relaciones exteriores e internacionales. Tal vez sería un buen comienzo para ello el tratar de aplicar y poner en práctica los

---

<sup>75</sup> Cfr. PE (2006): "Final report on the implementation of the European Security Strategy in the context of the ESDP", Committee on Foreign Affairs, 18 de octubre de 2006, A6-0366/2006.

<sup>76</sup> "Chávez supera a Bush como líder extranjero peor valorado en España", *El País*, 29 de mayo de 2008 [en línea en [www.elpais.com](http://www.elpais.com), citado 27 may 12].

<sup>77</sup> Según informa *Financial Times* sobre una encuesta del Harris Institute, publicada en línea en [www.in.gr](http://www.in.gr) [citado 27 may 12].

<sup>78</sup> Por utilizar las palabras del artículo de Hermann Tertsch, "Añorando a Bush" (*El País*, 11 de julio de 2006).



numerosos valores y principios de la UE en la política exterior europea, de seguridad, de defensa y cooperación<sup>79</sup>.

## Bibliografía

- ANDERSON, Benedict (1983): *Imagined communities: reflections on the origins and spread of nationalism*, Londres: Verso.
- BENNETT, LANCE y ROBERT M. Entman (2001): "Mediated politics: an introduction" en Lance Bennett y Robert M. Entman (eds.): *Mediated politics: communication in the future of democracy*, Cambridge-Nueva York: Cambridge University Press: 1-32.
- CHRYSOCHOOU, Dimitris N. (1998): *Democracy in the European Union*, Londres-Nueva York: Tauris Academic Studies.
- (2001): *Theorizing european integration*, Londres: SAGE.
- CHISLETT, William (2006): "Spain and the United States: so close, yet so far", Working Paper 23/2006, Fundación Real Instituto Elcano [en línea en [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org), citado 27 may 12].
- CLOSA, Carlos (1998): "European Union citizenship and supranational democracy" en Albert Weale y Michael Nentwich (eds.): *Political theory and the European Union: legitimacy, constitutional choice and citizenship*, Londres-Nueva York: Routledge: 172-187.
- DAHLGREN, Peter (2001): "The public sphere and the Net: structure, space and communication" en Lance Bennett y Robert M. Entman (eds.): *Mediated politics: communication in the future of democracy*, Cambridge-Nueva York: Cambridge University Press: 33-55.
- DELL'OLIO, Fiorella (2005): *The europeanization of citizenship: between the ideology of nationality, immigration and European identity*, Aldershot: Ashgate.
- DONNELLY, Thomas (2003): "The underpinnings of the Bush doctrine", American Enterprise Institute [en línea en <http://www.aei.org/article/foreign-and-defense-policy/the-underpinnings-of-the-bush-doctrine>, citado 27 may 12].
- DOWNEY, John y Peter KOENIG (2006): "Is there a European public sphere? The Berlusconi-Schultz case". *European Journal of Communication*, vol. XXI, 2: 165-187.
- EVERTS, Philip y Pierangelo ISIERNÀ (2002): *Reactions to the 9/11 2001 terrorist attacks in countries outside the us*, Centre for the Study of Political Change.
- FRASER, Nancy (1992): "Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy" en Calhoun Craig (ed.): *Habermas and the public sphere*, Cambridge: The MIT Press: 109-142.
- GELLNER, Ernest (1983): *Nations and nationalism*, Oxford: Blackwell Publishing.
- GERHARDS, Jürgen (1993): "Westeuropäische Integration und die Schwierigkeiten der Entstehung einer Europäischen Öffentlichkeit". *Zeitschrift für Soziologie*, vol. XXII, 2: 96-110.
- GERMAN MARSHALL FUND OF THE UNITED STATES (2003): "Transatlantic Trends 2003" [en línea en [http://trends.gmfus.org/doc/2003\\_english\\_key.pdf](http://trends.gmfus.org/doc/2003_english_key.pdf), citado 27 may 12].
- GIDDENS, Anthony (1991): *Modernity and self-identity*, Oxford: Polity Press.

---

<sup>79</sup> Para leer una crítica de estos aspectos, pero aplicada al PE en relación con el conflicto de Chipre, cfr. Stavridis, Tsardanidis, 2009.

- GORDON, Philip H. y Jeremy SHAPIRO (2004): *Allies at war: America, Europe, and the crisis over Iraq*, Nueva York: McGraw Hill.
- GRUNDMANN, Reiner; Dennis SMITH y Sue WRIGHT (2000): "National elites and transnational discourses in the Balkan war: A comparison between the French, German and British establishment press". *European Journal of Communication*, vol. xv: 299-320.
- (1999): "The european public sphere and the deficit of democracy" en Dennis Smith y Sue Wright (eds.): *Whose Europe? The turn towards democracy*, Oxford: Blackwell Publishing: 125-146.
- HABERMAS, Jürgen (1989): *The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society*, Cambridge: The MIT Press.
- HILL, Christopher (2003): *The changing politics of foreign policy*, Basingstoke: Palgrave MacMillan.
- HOLLANDER, Paul (1992): *Anti-americanism. Critiques at home and abroad*, Nueva York: Oxford University Press.
- JOFFE, Josef (2007): *Überpower: the imperial temptation of America*, Nueva York: Norton.
- KAGAN, Robert (2003): *Of paradise and power: America and Europe in the new world order*, Nueva York: Knopf.
- KANTNER, Cathleen (2003): "Öffentliche Politische Kommunikation in der EU. Eine Hermeneutisch-Pragmatische Perspektive" en Ansgar Klein et al. (eds.): *Bürgerschaft, Öffentlichkeit und Demokratie in Europa*, Opladen: Leske und Budrich: 213-229.
- KEVIN, Deirdre (2003): *Europe in the media: a comparison of reporting, representation and rhetoric in national media systems in Europe*, Mahwah-Nueva Jersey-Londres: Lawrence Erlbaum Associates Publishers.
- KOTZIAS, Nikos y Petros LIACOURAS (eds.) (2006): *EU-US relations: repairing the transatlantic rift*, Nueva York: Palgrave MacMillan.
- KRITZINGER, Sylvia (2003): "Public opinion in the Iraq crisis: explaining developments in Italy, the UK, France and Germany", *European Politic Science* 3/1 [en línea en <http://www.essex.ac.uk/ECPR/publications/eps/onlineissues/autumn2003/feature/kritzinger.htm>, citado 27 may 12].
- LAMBERT, Richard (2003): "Misunderstanding each other". *Foreign Affairs*, vol. LXXXI, 2: 62-74.
- LAMO DE ESPINOSA, Emilio (2005): "¿Una diferencia que marca la diferencia? Valores y cultura en Europa y los Estados Unidos", Working Paper 16/2005, Fundación Real Instituto Elcano [en línea en [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org), citado 27 may 12].
- LEHMANN, Ingrid A. (2005): "How and why US and German media differed in reporting on UN weapons inspections in Iraq, 2002-2003". *Harvard Journal of Press and Politics*, vol. x: 63-89.
- MACHILL, Marcel; Markus BEILER y Corina FISCHER (2006): "Europe-topics in Europe's media. the debate about the European public sphere: a meta-analysis of media content analyses". *European Journal of Communication*, vol. XXI, 1: 57-88.
- MCMILLIN, Divya C. (2007): *International media studies*, Malden-Oxford-Carlton: Blackwell Publishing.
- MCGUIGAN, Jim (1996): *Culture and the public sphere*, Londres-Nueva York: Routledge.

- MOWLE, Thomas S. (2004): *Allies at odds? The United States and the European Union*, Nueva York: Palgrave MacMillan.
- PETERSON, John (2004): "Keynote article: Europe, America, Iraq: worst ever, ever worsening?". *Journal of Common Market Studies*, vol. XLII: 9-26
- PEW RESEARCH CENTRE (2001a, 15 ago): "Bush unpopular in Europe, seen as unilateralist" [en línea en <http://people-press.org/reports/display.php3?ReportID=5>, citado 27 may 12].
- (2001b, 19 dic): "America admired, yet its new vulnerability seen as good thing, say opinion leaders" [en línea en <http://people-press.org/reports/display.php3?ReportID=145>, citado 27 may 12].
- RENFORDT, Swantje (2007): "Do European speak with one another in time of war?", RECON Online Working Paper 2007/17 [en línea en [http://www.reconproject.eu/main.php/RECON\\_wp\\_0717.pdf?fileitem=16662535](http://www.reconproject.eu/main.php/RECON_wp_0717.pdf?fileitem=16662535), citado 27 may 12].
- REYNIÉ, Dominique (2004): *La facture occidentale-Naissance d'une opinion européenne*, París: La Table Ronde.
- RISSE, Thomas (2003): "An emerging European public sphere? Theoretical clarifications and empirical indicators" en *Annual Meeting of the European Union Studies Association*, 27-30 de marzo de 2007, Nashville.
- RUBIN, Barry y Judith Colp RUBIN (2004): *Hating America: a history*, Oxford-Nueva York: Oxford University Press.
- SCHLESINGER, Philip (1999): "Changing spaces of political communication: The case of the EU", *Political Communication*, vol. XVI: 263-279.
- SINGH, Robert (2006): "The Bush doctrine" en Mary Buckley y Robert Singh (eds.): *The Bush doctrine and the war on terrorism: global responses, global consequences*, Londres-Nueva York: Routledge: 12-31.
- SMITH, Dennis y Sue WRIGHT (1999) "The Turn towards Democracy" en Dennis Smith y Sue Wright (eds.): *Whose Europe? The turn towards democracy*, Oxford: Blackwell Publishing: 1-18.
- SPARKS, Colin (2001): "The Internet and the Global Public Sphere" Lance Bennett y Robert M. Entman (eds.): *Mediated politics: communication in the future of democracy*, Cambridge-Nueva York: Cambridge University Press: 75-95.
- STAVRIDIS, Stelios (1991): *Foreign policy and democratic principles: the case of European political cooperation*, University of London, London School of Economics and Political Science.
- (1993): "Democracy in Europe: west and east-the democratic disjunction in the European Community and the process of democratisation in Eastern Europe" en *Proceedings of the UNESCO Conference on Peoples' Rights and European Structures*, septiembre de 1993, Barcelona: UNESCO Cataluña: 129-133.
- y Colleen THOUZ (2001): "The international protection of the EU citizen: problems and prospects" en Richard Bellamy y Alex Warleigh (eds.): *Citizenship and governance in the European Union*, Londres: Continuum: 163-179.
- y Amy VERDUN (2001a): "Democracy in the three pillars of the European Union". *Current Politics and Economics of Europe*, vol. x, 3: 213-349.
- y Amy VERDUN (2001b): "Introduction: democracy in the EU". *Current Politics and Economics of Europe*, vol. x, 3: 213-226.

- (2007): *Anti-Americanism in Greece: reactions to the 11-s, Afghanistan and Iraq*, GreeSE Paper 6, Hellenic Observatory Papers on Greece and Southeast Europe, London School of Economics and Political Science [en línea en <http://www.lse.ac.uk/collections/hellenicObservatory/pubs/GreeSE.htm>, citado 27 may 12].
- y Charalambos TSARDANIDIS (2009): “The Cyprus problem in the European Parliament: a case of successful or superficial europeanisation?”. *European Foreign Affairs Review*, vol. XIV, 1: 129-156.
- STIVACTHIS, Yannis A. (2007): *Understanding Anti-Americanism*, RIEAS Research Paper 109, Research Institute of European and American Studies [en línea en [www.rieas.gr](http://www.rieas.gr), citado 27 may 12].
- TEODORI, Massimo (2004): “Destra, sinistra, cattolici: il pregiudizio antiamericano nel novecento” en Piero Craveri y Gaetano Quagliariello (eds.): *L'Antiamericanismo in Italia e in Europa nel secondo dopoguerra*, Soveria Mannelli: Rubbettino Editore: 109-118.
- TSOUKALIS, Loukas (2003): *What kind of Europe?*, Oxford: Oxford University Press.
- VOLKMER, Ingrid (1999): “International Communication Theory in Transition: Parameters of the New Global Sphere”, Massachusetts Institute of Technology, MIT Communications Forum [en línea en <http://web.mit.edu/comm-forum/papers/volkmer.html>, citado 27 may 12].

# **El Iraq posterior a Saddam Huseín tras la invasión de 2003**

**ALFONSO IGLESIAS VELASCO**

**Profesor titular de Derecho Internacional Público**

**Universidad Autónoma de Madrid**

**Miembro del grupo de investigación**

**sobre Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial**

**Universidad de Lleida**

SUMARIO: I. Antecedentes: el Iraq de Saddam Huseín para la comunidad internacional. II. La invasión de Iraq y su régimen de ocupación. III. La instauración de un sistema democrático constitucional en Iraq. IV. El procesamiento penal de Saddam Huseín como paradigma del nuevo sistema judicial iraquí. V. Reflexiones finales.

## **I. Antecedentes: el Iraq de Saddam Huseín para la comunidad internacional**

Para encuadrar correctamente el devenir de Iraq en estos últimos años, conviene recordar cuáles eran los antecedentes previos a la invasión que sufrió este país en el año 2003: Saddam Huseín era el presidente de la República iraquí desde 1979, pero en realidad ejercía sobre su pueblo un poder dictatorial y omnímodo<sup>1</sup>, y en el plano internacional actuó despreciando el Derecho Internacional al recurrir a la fuerza ar-

---

<sup>1</sup> Recordemos que Saddam Huseín empleó armas químicas contra su propio pueblo, al gasear a la minoría kurda en varias localidades del Kurdistán iraquí en 1988 y, además, reprimió brutalmente los conatos de insurgencia popular en el sur de Iraq en 1991.

mada contra sus Estados vecinos para expandir el territorio de su propio país. Con esta finalidad, atacó militarmente a Irán en Chat el Arab en 1980, provocando con ello una cruenta guerra de ocho años entre ambos Estados, y diez años después, en 1990, Saddam Huseín invadió Kuwait con la intención de anexionarlo a su propio Estado; pero entonces la comunidad internacional reaccionó con relativa urgencia, al comprobar el riesgo que tal política expansionista acarrearía para la seguridad internacional.

Puede decirse que la respuesta del CS de las Naciones Unidas ante el ataque de Iraq a Kuwait constituyó el primer ejemplo práctico de actuación coordinada de la comunidad internacional ante un conflicto armado en la época de la posguerra fría. Como vamos a explicar un poco más adelante, puede dudarse de que la puesta en marcha y desarrollo de la operación militar internacional diseñada para expulsar al invasor iraquí de Kuwait y restablecer la paz y seguridad internacionales se ajustara plenamente a las cláusulas aplicables del capítulo VII de la CNU; pero no cabe discusión sobre las expectativas enormes que se abrieron ante la posibilidad de una cooperación multilateral en esta materia, por primera vez desde el surgimiento de la ONU en 1945.

Como es conocido, Iraq invadió Kuwait el 2 de agosto de 1990 y el CS reaccionó ese mismo día mediante su Resolución 660 (1990), condenando tal agresión militar y exigiendo la retirada de las tropas invasoras. Con una periodicidad precisa, entre agosto y noviembre de ese año, el CS adoptó, de forma sistemática y en cascada, algunas de las medidas estipuladas en el capítulo VII de la CNU: primero, tomó medidas provisionales, después el embargo económico y comercial contra Iraq por ser el Estado invasor, y avaló más tarde un empleo limitado de la fuerza —bloqueo naval— como medio para garantizar el cumplimiento de las sanciones económicas; por último, autorizó “todas las medidas necesarias” para restablecer la situación anterior a la invasión iraquí, lo que implicaba permitir a los Estados aliados el recurso general a la fuerza armada para lograr ese objetivo<sup>2</sup>.

Sin embargo, y como ya hemos mencionado, la respuesta de la comunidad internacional, concretada en las sucesivas resoluciones del CS, no aplicaba con exactitud las cláusulas de la CNU, ya que la implementación de la actuación militar para expulsar al invasor iraquí de Kuwait, a pesar de estar autorizada por la ONU, no se ajustaba al diseño realizado por los artículos del capítulo VII: por ejemplo, las fuerzas aliadas no fueron puestas a disposición del CS mediante la celebración de los convenios especiales previstos en el artículo 43 de la CNU; la planificación de la violencia armada no fue diseñada por el CS —infringiendo así el artículo 46—, y la acción militar desarrollada entre enero y marzo de 1991 en aplicación de la Resolución 678 (1990) para desalojar a las tropas iraquíes del territorio de Kuwait, no fue ejercida ni controlada por el CS, contraviniendo lo estipulado por el artículo 42. Por el contrario, este órgano de la ONU delegó en los Estados occidentales tanto el control sobre la fuerza armada empleada,

---

<sup>2</sup> La Resolución 660 (1990), de 2 de agosto de 1990, exigía la retirada iraquí de Kuwait; en la ulterior Resolución 661 (1990), de 6 de agosto, el CS imponía un embargo comercial sobre Iraq, establecido ya de facto por los Estados occidentales. Poco después, su Resolución 665 (1990) permitía el bloqueo naval para “detener todos los buques mercantes”; en noviembre el Consejo adoptaba la Resolución 678 (1990), mediante la que autorizaba a los Estados miembros que cooperaban con el gobierno legítimo de Kuwait, a recurrir a todos los medios necesarios, incluso a la fuerza, con el objeto de garantizar la paz en la región.



como la decisión sobre el período de duración de las acciones militares. Por ello, es lógica la respuesta del secretario general de las Naciones Unidas de aquella época en el sentido de que esa guerra del Golfo fue una guerra legal, pero no una guerra de las Naciones Unidas<sup>3</sup>.

Cuando las fuerzas militares aliadas reconquistaron Kuwait y devolvieron la soberanía a este Estado, el cs aprobó la Resolución 687 (1991) que fijaba, en virtud del capítulo VII de la Carta y bajo la autoridad y control del citado Consejo, una serie de condiciones extensas y complejas para el cese del fuego con Iraq, mediante el establecimiento de un régimen de tutela internacional sobre el Estado vencido, con el fin de restaurar en lo posible el *statu quo* anterior a la invasión iraquí de Kuwait. En concreto, exigía el restablecimiento de la frontera entre los dos Estados (párrafos 2 a 4); preveía el envío de una unidad observadora de las Naciones Unidas a la zona desmilitarizada fijada a ambos lados de la frontera (párrafos 5 y 6); confirmaba la responsabilidad iraquí por los daños ocasionados como consecuencia de la ilegal invasión y ocupación de Kuwait (párrafos 16); y establecía un fondo de compensación de reclamaciones, a ser administrado por una comisión *ad hoc*, creada a su vez por la Resolución 692 (1991), de 20 de mayo de 1991, y que funcionaría como órgano subsidiario del cs<sup>4</sup>, siendo este

---

<sup>3</sup> Cfr. Antonio Remiro Brotons et al. (2007): *Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch: 1 100; Antonio Remiro Brotons et al. (2010): *Derecho Internacional. Curso general*, Valencia: Tirant lo Blanch: 703. Sobre la crisis entre Iraq y Kuwait de 1990 a 1991 existe una amplísima bibliografía, entre la que cabe destacar la siguiente: Naciones Unidas (1996): *The United Nations and the Iraq-Kuwait conflict 1990-1996*, Nueva York: Naciones Unidas; Luis I. Sánchez Rodríguez (1993): *Derecho Internacional público. Problemas actuales*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid: 315-320; Martín C. Ortega Carcelén, Luis Pérez-Prat Durbán y Francisco J. Garcíamartín Alférez (1990): "El Derecho Internacional y la crisis del Golfo". *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLII, 2: 673-696; José B. Acosta Estévez y Joan Lluís Piñol i Rull (1994): "Legitimidad, legalidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza armada contra Iraq". *Anuario de Derecho Internacional*, vol. X, 1994: 19 y ss.; José B. Acosta Estévez (1994): *La crisis de Iraq-Kuwait. Responsabilidad de Iraq y respuesta internacional*, Barcelona: PPU; Alfonso Dastis Quecedo (1991): "El uso de la fuerza armada en el Golfo: una justificación jurídica". *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII, 1: 109-116; M<sup>a</sup>. Paz Andrés Sáenz de Santamaría (1991): "Réplica: cuestiones de legalidad en las acciones armadas contra Iraq". *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII, 1: 117-122; A. Fernández Tutor (1992): *Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional: la ONU y la Guerra del Golfo*, Madrid: Escuela Diplomática; Araceli Mangas Martín (1991): "Normas internacionales y objetivos militares en la guerra del Golfo Pérsico". *Tiempo de Paz*, 19-20: 24 y ss.; Fernando Mariño Menéndez (1991): *La acción de la Comunidad Europea y de los Estados miembros en la "crisis del Golfo"*, Granada: Universidad de Granada; Lucía Millán Moro (1993): *La Comunidad Europea ante el conflicto del Golfo*, Valladolid: Universidad de Valladolid; Rosario Ojinaga (1993): "Las Naciones Unidas en la crisis del Golfo". *Cuadernos Jurídicos*, 5: 26-42; Felipe Sahagún (1991): "El nuevo orden internacional tras la guerra del Golfo". *Tiempo de Paz*, 19-20: 92-97; Joan Lluís Piñol Rull et al. (1992): "Crisis y guerra del Golfo Pérsico: comentarios jurídicos". *Cuadernos Jurídicos*, 1: 34-39; Oscar Schachter (1991): "United Nations Law in the Gulf Conflict". *American Journal of International Law*, vol. LXXXV: 452-463; David J. Scheffer (1992): "The Persian Gulf Crisis". *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. XXI: 60-70; Philippe Weckel (1991): "Le Chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de Sécurité". *Annuaire Français de Droit International* 1991, vol. XXXVII: 165-202.

<sup>4</sup> Cfr. Soledad Torrecuadrada García-Lozano (2010): "Los límites a los poderes del Consejo de Seguridad. El caso de la Comisión de Compensación de Naciones Unidas" en Francisco J. Quel López (coord.): *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2009*, Bilbao: Universidad del País Vasco: 225-274; Pierre d'Argent (1992): "Le Fonds et la Commission de compensation des Nations Unies". *Revue Belge de Droit International*, vol. XXV, 2: 485 y ss.; David J. Bederman (1994): "The United Nations Compensation Commission and the tradition of international claims settlement". *New York Univer-*



fondo financiado por la venta controlada de petróleo iraquí en el mercado mundial (párrafos 18 y 19)<sup>5</sup>. Asimismo, la Resolución 687 (1991) decidía la destrucción, bajo supervisión internacional, de todas las armas químicas y biológicas iraquíes, así como de sus misiles balísticos con alcance superior a 150 km (párrafo 8), para lo que Iraq debía comunicar sus cantidades y localización, bajo la supervisión y las inspecciones de una comisión especial *ad hoc*, que años después sería reemplazada por un nuevo organismo fiscalizador, la Comisión de las Naciones Unidas de Vigilancia, Verificación e Inspección (UNMOVIC, por su denominación en inglés: United Nations Monitoring, Verification and Inspection Commission)<sup>6</sup>.

Asimismo, la Resolución 687 (1991) estableció una zona desmilitarizada a lo largo de la frontera entre Iraq y Kuwait, a ser vigilada por un grupo de observadores de las Naciones Unidas, para lo cual se creó la Misión de Observación de las Naciones Unidas para Iraq y Kuwait (conocida como UNIKOM por las siglas de United Nations Iraq-Kuwait Observation Mission) —Resolución 689 (1991), de 9 de abril de 1991—, que funcionó hasta octubre de 2003. Esta operación tenía como mandato supervisar una zona desmilitarizada a lo largo de la línea fronteriza entre los dos países, impedir con su presencia violaciones de la frontera e informar de cualquier acción hostil<sup>7</sup>. Pero, al haber sido concebida como un grupo de observadores militares desarmados,

---

*sity Journal of International Law and Politics*, vol. xxvii, 1: 1-42; Bernhard Graefrath (1995): "Iraqi reparations and the Security Council". *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. lv, 1: 37-58; Rex J. Zedalis (1993): "Gulf War compensation standard: concerns under the Charter". *Revue Belge de Droit International*, vol. xxvi, 2: 333-350; Lazhar Bouony (1997): "Regard sur la Commission d'indemnisation des Nations Unies". *Annuaire Français de Droit International 1997*, vol. xliii: 116-131; F. H. Paolillo (1993): "Nature et caractéristiques de la procédure devant la Commission de indemnisation des Nations Unies" en René-Jean Dupuy (ed.): *The development of the role of the Security Council. Peace-keeping and peace-building*, Dordrecht: Martinus Nijhoff: 287-302.

<sup>5</sup> Cfr. también las posteriores resoluciones 706 (1991) de 15 de agosto de 1991; 712 (1991) de 19 de septiembre de 1991, que suavizó parcialmente este control para poder vender petróleo por propósitos humanitarios; 778 (1992) de 2 de octubre de 1992; y 986 (1995) de 14 de abril de 1995. Asimismo, cfr. Mathias Forteau (1997): "La formule "pétrole contre nourriture" mise en place par les Nations Unies en Iraq: beaucoup de bruit pour rien?". *Annuaire Français de Droit International 1997*, vol. xliii: 132-150; Lutz Oette (1999): "Die Entwicklung des Oil for Food-Programms und die gegenwärtige humanitäre Lage im Iraq". *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. lxx, 3: 839-862.

<sup>6</sup> La UNMOVIC fue creada por la Resolución 1284 (1999) del CS, de 17 de diciembre de 1999. Cfr. Marc Weller (ed.) (1995): *The control and monitoring of Iraqi weaponry*, Cambridge: Cambridge University Press; Naciones Unidas (1996): *The United Nations and the Iraq-Kuwait Conflict 1990-1996*, Nueva York: Naciones Unidas: 74-98; Kathleen C. Bailey (1995): *The UN inspections in Iraq: Lessons for on-site verification*, Boulder: Westview Press; Rex J. Zedalis (1999): "Dealing with the Weapons Inspections Crisis in Iraq". *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. lxx, 1: 37-50; Ruth Wedgwood (1998): "The enforcement of Security Council Resolution 687: The threat of force against Iraq's weapons of mass destruction". *American Journal of International Law*, vol. xcii, 4: 724-728.

<sup>7</sup> Sobre la UNIKOM, cfr. en general Brigitte Stern et al. (1993): *Guerre du Golfe. Le dossier d'une crise internationale 1990-1992*, París: La Documentation française: 440-449; Naciones Unidas (1996): *The United Nations and the Iraq-Kuwait Conflict 1990-1996*, Nueva York: Naciones Unidas: 42 y ss.; Pablo A. Fernández Sánchez (1998): *Operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz*, II vol. Huelva: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, vol. ii: 182-197.

no contaba con la autoridad ni con la capacidad necesaria para impedir por la fuerza la entrada de personal o equipo bélico en esa zona desmilitarizada<sup>8</sup>.

Como observamos, las medidas decididas por esta resolución eran draconianas, al desposeer a Iraq de importantes elementos de seguridad y, como fueron aceptadas por la parte vencida<sup>9</sup>, recordaban en cierto modo a las cláusulas del Tratado de Versalles<sup>10</sup>. Pero la Resolución 687 (1991) no contenía alusión alguna a responsabilidades penales de nacionales iraquíes por infracciones del Derecho Internacional. En definitiva, las medidas adoptadas por esta resolución eran novedosas, ya que no tenía precedentes claros ni podían incardinarse en el artículo 41 de la CNU, pues surgían tras una acción coercitiva en nombre de las Naciones Unidas, sin pretender pacificar ningún conflicto, sino disminuir las competencias soberanas de Iraq. Es por esto que, según algunos autores, el régimen de reparaciones impuesto por el cs vulneraba el principio fundamental del Derecho Internacional de igualdad soberana de los Estados<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Informe del secretario general de Naciones Unidas de 5 de abril de 1991 (documento S/22454, párrafo 5).

<sup>9</sup> La Asamblea Nacional iraquí aceptó formalmente la Resolución 687 (1991) el 6 de abril de 1991 (documento de las Naciones Unidas S/22480). Sobre la situación en la zona inmediatamente después de esta crisis del Golfo cfr. Peri Pami (1992): "Peace-building scenarios after the Gulf War". *Third World Quarterly*, vol. XIII, 2: 283-300.

<sup>10</sup> Cfr. *op. cit.* Oscar Schachter, 1991: 452 y 456; Elyse J. Garmise (1992): "The Iraqi claims process and the ghost of Versailles". *New York University Law Review*, vol. LXVII, 4: 840; Giles Cottereau (1991): "De la responsabilité de l'Iraq selon la résolution 687 du Conseil de Sécurité". *Annuaire Français de Droit International* 1991, vol. XXXVI: 99-117; Giles Cottereau (1995): "Responsabilité de l'Iraq: aperçu sur les indemnités urgentes des personnes physiques". *Annuaire Français de Droit International* 1995, vol. XII: 151-167; Lawrence D. Roberts (1993): "United Nations Security Council Resolution 687 and its aftermath: the implications for domestic authority and the need for legitimacy". *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. XXV, 3: 593-626; Ian Johnstone (1994): *Aftermath of the Gulf War: an assessment of UN action*, Boulder-Londres: L. Rienner Publishers; Henri Meyrowitz (1992): "La Guerre du Golfe et le droit des conflits armés". *Revue Générale de Droit International Public*, vol. XCVI, 3: 584-598; Serge Sur (1991): "La résolution 687 (3 avril 1991) du Conseil de Sécurité dans l'affaire du Golfe: problèmes de rétablissement et de garantie de la paix". *Annuaire Français de Droit International* 1991, vol. XXXVII: 25-89; Adam A. Levy (1992): "The Persian Gulf War cease-fire agreement compared with the Japanese peace treaty in terms of reparations and reconstruction". *Dickinson Journal of International Law*, vol. X: 541-566; Geoff L. Simons (1996): *The scourging of Iraq: sanctions, law and natural justice*, Basingstoke: MacMillan; David Cortright y George A. López (1999): "Are sanctions just? The problematic case of Iraq". *Journal of International Affairs*, vol. LII, 2: 735-756; M. Chartouni-Dubarry (1994): "La 'question Iraquienne' ou l'histoire d'une puissance contrariée" en Bassama Kodmani-Darwish y May Chartouni-Dubarry (dirs.): *Perceptions de sécurité et stratégies nationales au Moyen-Orient*, Paris: Masson: 53 y ss.; y en general tras las hostilidades armadas, cfr. *op. cit.* Brigitte Stern et al., 1993: 395-577; Sompong Sucharitkul (1992): "The process of peace-making following Operation 'Desert Storm'". *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. XLIII: 1-30; John M. Lindsey (1992): "The Aftermath of the Persian Gulf War: Strengthening the laws of warfare. Symposium". *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. VI: 1-79; Frank Przetacznik (1994): "Position of the United States concerning application of appropriate measures toward Iraq for aggression against Kuwait". *Revue de Droit International*, 3: 169-236; Pierre-Marie Dupuy (1998): "Le maintien de la paix" en René-Jean Dupuy (ed.): *Manuel sur les organisations internationales*, Dordrecht: Martinus Nijhoff: 576-581; Christine Gray (1994): "After the ceasefire: Iraq, the Security Council and the use of force". *British Yearbook of International Law* 1994: 141 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. *op. cit.* Bernhard Graefrath, 1995: 59-68; Mariano J. Aznar Gómez (2000): *Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores: 147-152; Marco Frigessi di Rattalma (1997): "Le régime de responsabilité internationale institué par le Conseil d'Administration de la Commission de Compensation des Nations Unies". *Revue Générale de Droit International Public*, vol. CI, 1: 45-90.

Aprovechando la derrota iraquí en la guerra del Golfo, se rebelaron en marzo de 1991 las poblaciones kurdas del norte del país y los chiíes del sur contra el régimen de Sadam Huseín, aunque sus fuerzas armadas consiguieron apagar la rebelión mediante el empleo de métodos brutales que provocaron multitud de refugiados y personas desplazadas. Esa terrible situación hizo reaccionar a la comunidad internacional — Resolución 688 (1991) del CS, de 5 de abril de 1991— y de los aliados occidentales en la guerra, desplegando una operación militar de protección de la ayuda humanitaria a la población civil. Esto explica también la presencia en una segunda fase consistente en varios centenares de guardias de seguridad de las Naciones Unidas desplegados en centros humanitarios de la ONU en el norte de Iraq, para garantizar la asistencia urgente a la población kurda, con base en diversos memorándums de entendimiento celebrados entre la ONU y el Gobierno de dicho Estado<sup>12</sup>.

Por su parte, Estados Unidos, Reino Unido y —parcialmente— Francia —que después se retiró de esta iniciativa— impusieron de forma arbitraria dos zonas de exclusión aérea sobre territorio iraquí, al norte del paralelo 36 y al sur del paralelo 32, cuya finalidad era la de brindar mayor protección a las poblaciones iraquíes de origen kurdo y musulmán chií, y con pretendido sostén jurídico en la citada Resolución 688 (1991) —aunque esta no había sido adoptada bajo el capítulo VII de la Carta—, pero no podía considerarse legal el establecimiento de tales zonas pues quebrantaba la soberanía estatal iraquí al no estar respaldado por el CS<sup>13</sup>.

Durante los años siguientes, se repitieron periódicamente ataques armados aéreos esporádicos de las potencias occidentales contra Iraq, con la coartada de los obstáculos impuestos por el régimen político de Sadam Huseín a los órganos de inspección de las Naciones Unidas, actitud iraquí que ya había sido condenada por el CS pero sin llegar a autorizar el empleo de la fuerza contra ese país<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> El primer memorándum fue firmado el 18 de abril de 1991 (documento S/22513) y su anexo el 25 de mayo de ese mismo año (documento S/22663) —sustituido por otro memorándum de entendimiento, de 22 de octubre de 1992—, cimentado a su vez en la Resolución 688 (1991), base jurídica que no todos comparten. Cfr. Martín C. Ortega Carcelén (1995): *Hacia un Gobierno mundial*, Salamanca: Hespérides: 85-86; Peter Malanczuk (1991): "The Kurdish crisis and allied intervention in the aftermath of the second gulf war". *European Journal of International Law*, vol. II, 2: 119-123; Julio J. Urbina (2000): *Protección de las víctimas de los conflictos armados*, Naciones Unidas y Derecho Internacional humanitario, Valencia: Tirant lo Blanch: 323, nota 35.

<sup>13</sup> Cfr. R. Paniagua Redondo (1993): "Análisis de los últimos incidentes acaecidos en Iraq". *Tiempo de Paz*, 27-28: 117-128; Giles Cottreau (1994): "Rebondissement d'octobre en Iraq: le résolution 949 du Conseil de Sécurité (15 octobre 1994)". *Annuaire Français de Droit International 1994*, vol. XL: 190; Jane E. Stromseth (1993): "Iraq's Repression of its Civilian Population: Collective Responses and Continuing Challenges" en Lori F. Damrosch (ed.): *Enforcing Restraint. Collective Intervention in Internal Conflicts*, Nueva York: Council on Foreign Relations Press: 77-117; *op. cit.* Christine Gray, 1994: 161 y ss.; Nico Krisch (1999): "Unilateral Enforcement of the Collective Will: Kosovo, Iraq, and the Security Council". *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. III: 73-79.

<sup>14</sup> Cfr., por ejemplo, sus resoluciones 1194 (1998) y 1205 (1998), de 9 de septiembre y 5 de noviembre de 1998 respectivamente. También cfr. Luigi Condorelli (1994): "A propos de l'attaque américaine contre l'Iraq du 26 juin 1993: Lettre d'un professeur désemparé aux lecteurs du JEDI". *European Journal of International Law*, vol. V, 1: 134-144; W. Michael Reisman (1994): "The Raid on Baghdad: Some Reflections on its Lawfulness and Implications". *European Journal of International Law*, vol. V, 1: 120-133; M<sup>a</sup>. Carmen Márquez Carrasco (1998): *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en Derecho Internacional*, Madrid: Editorial Tecnos: 234; John Quigley (1994): "Missiles with a message: the legality of the

## II. La invasión de Iraq y su régimen de ocupación

En el año 2003 se produjo la invasión y ocupación militar de Iraq, lo que supuso una grave crisis internacional y conllevó numerosas y encontradas reacciones en todo el mundo. Lo cierto es que desde finales del siglo xx se venían produciendo acciones militares internacionales altamente controvertidas (en Kosovo en 1999, en Afganistán en 2001 y en Iraq en 2003) que han supuesto una evidente vulneración de normas imperativas del Derecho Internacional general y una quiebra muy importante del sistema de seguridad colectiva diseñado en la CNU; pero la reacción de la sociedad internacional ha sido claramente permisiva pues, en lugar de establecer las correspondientes sanciones internacionales, ha aceptado los hechos consumados a través de diversas resoluciones ulteriores del CS de las Naciones Unidas. Precisamente en la naturaleza ilícita de esas acciones y la laxa reacción internacional posterior se encuentra una de las causas que ayuda a explicar la zozobra y el desconcierto experimentados en los últimos años.

El 20 de marzo de 2003, fuerzas armadas de Estados Unidos y de Reino Unido junto con contingentes menores de otros países y la cooperación necesaria de algunos Estados árabes, comenzaron a invadir Iraq: bombardearon sus ciudades, bloquearon su único puerto marítimo en aguas profundas, y atacaron y destruyeron sus unidades militares, de modo que en pocas semanas consiguieron ocupar el territorio de ese país y derrocar el régimen de Sadam Huseín<sup>15</sup>.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, la invasión fue un acto ilícito. Como es conocido, la definición de la *agresión*, aprobada hace años por la AG de las Naciones Unidas —Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974—, señala que “el primer uso de la fuerza armada en contravención de la Carta” constituye “prueba, *prima facie*, de un acto de agresión” (artículo 2), caracterizando como tal los siguientes hechos (artículo 3), independientemente de que haya o no declaración de guerra:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, [...];

---

United States raid on Iraq's intelligence headquarters". *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. xvi, 2: 241-274; Dino Kritsiotis (1996): "The legality of the 1993 us missile strike on Iraq and the right of self-defence in international law". *International and Comparative Law Quarterly*, vol. xlv, 1: 162-177; Jules Lobel y Michael Ratner (1999): "Bypassing the Security Council: ambiguous authorizations to use force, cease-fires and the Iraqi inspection regime". *American Journal of International Law*, vol. xciii, 1: 124-154; Guido den Dekker y Ramses A. Wessel (1998): "Military enforcement of arms control in Iraq". *Leiden Journal of International Law*, vol. xi: 497 y ss.; Catherine Denis (1998): "La résolution 678 (1990) peut-elle légitimer les actions armées menées contre l'Iraq postérieurement à l'adoption de la résolution 687 (1991)?" *Revue Belge de Droit International*, vol. xxxi, 2: 485-537; *op. cit.* Nico Krisch, 1999: 64 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. Antonio Remiro Brotons (2004): "Guerras del nuevo orden: Iraq, la agresión de los democráticos señores" en Francisco J. Quel López (coord.) (2004): *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2003*, Bilbao: Universidad del País Vasco: 17-53; Antonio Remiro Brotons (2003): "Iraq: un crimen de agresión según el Derecho Internacional". *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2002-2003: 15-32.

- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea [...].

También se indica como agresión, la acción de un Estado que permite que su territorio sea utilizado por otro Estado para cometer un acto de agresión contra un tercero, entre otras.

En ese contexto, Estados Unidos y sus aliados desencadenaron una auténtica agresión, que además conllevó serias violaciones de las normas de Derecho Internacional aplicables a los conflictos armados. Es cierto que dicha acción militar fue realizada y apoyada por muy diversos Estados pero, al no haber sido autorizada por el cs, dicha acción seguía siendo ilegal y unilateral pues “el unilateralismo no tiene que ver con el número de actores sino con la usurpación de una misión que pertenece a las Naciones Unidas”<sup>16</sup>.

No obstante, los Estados agresores alegaron que su acción armada contaba ya con la autorización del cs de las Naciones Unidas a partir de la muy anterior Resolución 678 (1990), de 29 de noviembre de 1990, que había autorizado en su momento a los Estados miembros que cooperaban con el Gobierno de Kuwait a utilizar “todos los medios necesarios” para expulsar de dicho país a las entonces fuerzas invasoras de Iraq y restablecer la paz y la seguridad en la región. Según la interpretación estadounidense, esa autorización del Consejo para usar la fuerza armada no había finalizado como tal, sino que solo había quedado en suspenso durante años hasta ser reactivada de nuevo por la Resolución 1441 (2002), de 8 de noviembre de 2002, que concedía a Iraq una “última oportunidad” y le advertía de las “graves consecuencias” a las que se expondría si seguía infringiendo sus responsabilidades en materia de desarme (párrafos 2 y 13), reconociendo al tiempo que el incumplimiento de sus resoluciones podía constituir una amenaza a la paz y la seguridad internacionales<sup>17</sup>.

Sin embargo, la autorización del uso de la fuerza contenida en la Resolución 678 (1990) caducó al finalizar la operación militar de comienzos de 1991 y aprobar el cs su Resolución 687 (1991), que establecía la cesación del fuego una vez constatado el consentimiento expreso del Gobierno de Iraq a las condiciones impuestas por el propio Consejo. Desde ese momento, el único órgano competente para verificar el cumplimiento de esas obligaciones por parte de Iraq era precisamente el mismo órgano que las había establecido, esto es, el cs de las Naciones Unidas. Así, la inter-

---

<sup>16</sup> Cfr. “Manifiesto contra la Guerra” de los profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Universidades españolas, de 19 de febrero de 2003, punto 11.

<sup>17</sup> Cfr. la carta del representante permanente de Estados Unidos ante las Naciones Unidas al presidente del cs, de 20 de marzo de 2003 (documento S/2003/351); y M<sup>a</sup>. Paz Andrés Sáenz de Santamaría (2003): “El Consejo de Seguridad en la guerra contra Iraq: ¿ONG privilegiada, convalidador complaciente u órgano primordial?”. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. IV, 1: 210; José B. Acosta Estévez (2004): “El capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y el ejercicio del uso de la fuerza armada contra Iraq: ¿la ONG como instancia legitimadora del uso de la fuerza?”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV: 11-65; Thomas D. Grant (2003): “The Security Council and Iraq: an incremental practice”. *American Journal of International Law*, vol. XCVII, 4: 823-842.



pretación lógica y sistemática del sentido corriente de los términos empleados en la Resolución 1441 (2002), en el contexto de la CNU y a la luz de su objeto y fin, no permite deducir de este instrumento una autorización del uso de la fuerza contra Iraq, lo que además no concordaría con el hecho de que el Consejo aprovechó esa resolución para instaurar un régimen reforzado de inspección “con el objetivo de llevar a una conclusión cabal y verificada el proceso de desarme” de ese país (párrafo 2)<sup>18</sup>. Ciertamente, era necesaria una nueva resolución del Consejo que autorizara el recurso de la fuerza armada de forma expresa y, como no existió dicha resolución, la acción armada emprendida fue ilícita desde la perspectiva del Derecho Internacional<sup>19</sup>.

Tampoco son de recibo los demás motivos alegados por los Estados agresores, como la supuesta posesión, en ese momento, por parte de Iraq de armas de destrucción masiva, que nunca fue probada ante el cs; la existencia de una autorización parlamentaria del Congreso de Estados Unidos para la utilización de la fuerza contra Iraq<sup>20</sup>, que obviamente vulneraba normas imperativas de Derecho Internacional, cuando este ha de prevalecer sobre el ordenamiento jurídico interno estadounidense; la doctrina de la acción preventiva en legítima defensa ante la supuesta amenaza de un ataque iraquí<sup>21</sup>, ya que era evidente que no se cumplía la *conditio sine qua non* para el ejercicio de la legítima defensa, la cual es que el Estado interesado haya sido víctima de un ataque armado previo —o inminente—<sup>22</sup>; o la pretendida justa causa de la acción armada para

---

<sup>18</sup> Esta conclusión queda ampliamente confirmada por los trabajos preparatorios de la citada Resolución 1441 (2002) y las explicaciones de voto subsiguientes a su aprobación (cfr. *op. cit.* Antonio Remiro Brotons, 2004: 27-28). No obstante, es cierto que Iraq se negó a aceptar durante tres años la labor de la UNMOVIC de supervisión del desarme iraquí, por no combinar su calendario de trabajo con la reducción progresiva de las sanciones económicas que se le habían impuesto desde 1991.

<sup>19</sup> Inmediatamente antes de la invasión, Estados Unidos, Reino Unido y España presentaron al cs un proyecto de resolución que decidía —actuando bajo el capítulo vii de la Carta— que Iraq no había aprovechado la “última oportunidad” que le había ofrecido la Resolución 1441 (2002) pero, ante la falta de apoyos, lo retiraron y se reunieron en las islas Azores, donde adoptaron dos declaraciones que lanzaban un ultimátum a Iraq y advertían de una guerra inmediata (documento de las Naciones Unidas S/2003/335, de 18 de marzo de 2003, anexo).

<sup>20</sup> Resolución conjunta de ambas, de 2 de octubre de 2002 (artículo 3); en tal sentido el presidente de Estados Unidos firmó, el 16 de octubre de ese año, la Orden presidencial que autorizaba el uso de la fuerza contra Iraq (cfr. Romualdo Bermejo García [2003]: “Comentario en torno a la resolución del Congreso y del Senado de los Estados Unidos, de 2 de octubre de 2002, por la que se autoriza el uso de la fuerza contra Iraq”. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. lv, 1: 523-529; Romualdo Bermejo García [2004]: “La legalidad de la reanudación de la guerra de Iraq”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. iv: 67-86).

<sup>21</sup> Esta doctrina de la acción preventiva estaba recogida en el documento sobre la Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos, de 17 de septiembre de 2002. Sobre esta doctrina, cfr. Manuel Pérez González (2003): “La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva”. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. lv, 1: 187-204; Héctor Gross Espiell (2004): “La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Iraq”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. iv: 189-204; Ruth Wedgwood (2003): “The Fall of Saddam Hussein: Security Council Mandates and Preemptive Self-Defense”. *American Journal of International Law*, vol. xcvi, 3: 576-585; Miriam Sapiro (2003): “Iraq: The Shifting Sands of Preemptive Self-Defense”. *American Journal of International Law*, vol. xcvi, 3: 599-607.

<sup>22</sup> Cfr. CIJ (1986): “Asunto sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua”, Sentencia, 24 de junio de 1986. Reports of judgements, advisory opinions and orders: 103.

establecer la democracia en Iraq y proteger los derechos humanos de una población sometida a un régimen dictatorial, puesto que “ninguna consideración, cualquiera que sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión” —artículo 5.1 de la citada definición de la *agresión*—, y, como había señalado la CIJ, “el empleo de la fuerza no puede ser el método apropiado para verificar y asegurar el respeto” de los derechos humanos<sup>23</sup>.

Con todo, pese a la evidente ilicitud de la invasión y ocupación militar de Iraq, el cs no condenó la acción armada sino que convalidó los hechos consumados, pues asumió la autoridad impuesta por las potencias ocupantes, otorgándole amplios poderes y el control de los recursos energéticos del país —Resolución 1483 (2003), de 22 de mayo—, aceptó el establecimiento del Consejo de Gobierno de Iraq, cuyos miembros habían sido designados por la autoridad ocupante —Resolución 1500 (2003), de 14 de agosto—, afirmando que la soberanía iraquí estaba investida provisionalmente en dicho órgano gubernamental y autorizando a una fuerza multinacional bajo mando unificado —naturalmente de Estados Unidos— a adoptar las medidas necesarias para contribuir al mantenimiento de la seguridad y la estabilidad en Iraq, Resolución 1511 (2003), de 16 de octubre<sup>24</sup>.

En resumen, la invasión de Iraq vulneró claramente el Derecho Internacional y constató un resquebrajamiento del sistema de seguridad colectiva, que ha quedado suplantado por acciones militares unilaterales, como anteriormente ya había sucedido en Kosovo y Afganistán. En palabras de Antonio Remiro Brotons, en los tres casos estudiados, Estados Unidos y sus aliados más cercanos despreciaron “el monopolio de la fuerza para combatir las amenazas y el quebrantamiento de la paz y los actos de agresión que la Carta de Naciones Unidas (artículos 2.4, 39 y ss.) atribuyó al Consejo de Seguridad”. Pero “a diferencia de lo ocurrido en Kosovo (donde las bombas cayeron bajo la pantalla moral del principio humanitario, créase o no) y en Afganistán (donde se pudo tener manga ancha para justificar en un primer momento la vindicación de los Estados Unidos frente al terror desatado el 11 de septiembre), los motivos aducidos” en Iraq “se han percibido claramente como pretextos para derribar un régimen hostil” y sustituirlo por otro sumiso a Estados Unidos<sup>25</sup>. Para lograr estos objetivos, no se ha tenido reparo alguno en usar el cs para conseguir la convalidación de sus acciones de

<sup>23</sup> *Ibidem*, párrafo 268.

<sup>24</sup> *Cfr. op. cit.* M<sup>a</sup>. Paz Andrés Sáenz de Santamaría, 2003: 214-222; Cesáreo Gutiérrez Espada (2003): “La “contaminación” de Naciones Unidas o las resoluciones 1483 y 1511 (2003) del Consejo de Seguridad”. *Anuario de Derecho Internacional*, vol. xix: 81-86; Mireya Castillo Daudí (2003): “La ocupación militar de Iraq ante el Derecho Internacional”. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. lv, 1: 223-243; Michael Bothe (2003): “Der Iraqkrieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot”. *Archiv für Völkerrecht*, vol. xli: 255 y ss.; Nikolaus Schultz (2006): “Was the war on Iraq illegal? The German Federal Administrative Court’s judgement of 21st June 2005”. *German Law Journal*, vol. vii, 1: 25-44; Manuel Becerra Ramírez (2006): “About the legality of the war against Iraq on 2003”. *Mexican Law Review*, 5 [en línea en <http://info8.juridicas.unam.mx/cont/mlawr/5/arc/arc1.htm>, citado 27 may 12]; Ignacio Rupérez (2007): “Cuatro años de conflicto en Iraq: el falso enemigo y la guerra imprevista”. *Cuadernos del Mediterráneo*, 8: 133-142.

<sup>25</sup> *Op. cit.* Antonio Remiro Brotons, 2004: 38-39.



fuerza “o endosar acuerdos alcanzados *extra muros*, sea en Kumanovo (para Kosovo) o en Bonn (para Afganistán), incluidos los despliegues de fuerzas internacionales”<sup>26</sup>.

En este sentido, no puede defenderse que la Alianza Atlántica represente a la sociedad internacional actual, como tampoco puede considerarse que la vulneración sucesiva de normas imperativas de Derecho Internacional general se haya convertido en el elemento material de una nueva norma consuetudinaria<sup>27</sup>. Del mismo modo, y si bien el cs de las Naciones Unidas no refleja exactamente el reparto actual del poder político ni es eficaz en muchas de sus actuaciones, sin embargo continúa teniendo la responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales<sup>28</sup>, y no puede utilizarse su parálisis ocasional o su falta de autorización como alegaciones exculpatorias para adoptar medidas unilaterales, individuales o grupales, por parte de quienes ejercen el veto para impedir la condena de las acciones propias o las de sus aliados. En realidad, el desafío central del siglo *xxi* va a consistir en plasmar un concepto nuevo y más amplio de lo que significa la seguridad colectiva.

La comunidad internacional está evolucionando permanentemente y, como es lógico, el Derecho Internacional se ve obligado a adaptarse en el sentido requerido por la sociedad cuyas relaciones aspira a regular<sup>29</sup>. El interrogante que en este apartado debe plantearse es hacia dónde se dirige el ordenamiento internacional, pues del análisis efectuado parece deducirse la ruptura del Derecho Internacional contemporáneo y su involución hacia caracteres más propios de un orden jurídico más clásico, en un claro intento de dismantelar los aspectos más progresistas de este sistema jurídico<sup>30</sup>. En puridad, no se está volviendo a un ordenamiento eurocéntrico, sino más bien euroatlántico, pues su núcleo actual no se encuentra ya en el viejo continente, sino que los aliados europeos de Estados Unidos son meros acompañantes del auténtico líder del grupo o Estado hegemónico.

Con este deseo autoproclamado de gendarme mundial, Estados Unidos ha intentado usar a la ONU como mero instrumento para hacer efectiva su política exterior, con el fin de darle una apariencia de legitimidad<sup>31</sup>. Sin embargo, las Naciones Unidas han

<sup>26</sup> *Op. cit.* Antonio Remiro Brotons, 2004: 44; Cfr. Antonio Remiro Brotons (2001): “Desvertebración del Derecho Internacional en la Sociedad Globalizada”. *Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho Internacional*, vol. v: 97-106 y 274-277.

<sup>27</sup> Cfr. Antonio Remiro Brotons (1999): “Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional”. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. *li*, 1: 55.

<sup>28</sup> Artículo 24.1 de la CNU.

<sup>29</sup> Diversos autores, ya desde el mismo año de la invasión de Iraq, comenzaron a plantearse cómo esta cuestión iba a afectar al orden jurídico internacional: así por ejemplo, cfr. Thomas M. Franck (2003): “What happens now? The United Nations after Iraq”. *American Journal of International Law*, vol. *xcvii*, 3: 607-620; Tom J. Farer (2003): “The prospect for International Law and Order in the wake of Iraq”. *American Journal of International Law*, vol. *xcvii*, 3: 621-628; Jane E. Stromseth (2003): “Law and force after Iraq: a transitional moment”. *American Journal of International Law*, vol. *xcvii*, 3: 628-642; Carsten Stahn (2003): “Enforcement of the collective will after Iraq”. *American Journal of International Law*, vol. *xcvii*, 4: 804-823.

<sup>30</sup> Carlos Fernández de Casadevante Romani (2003): *Derecho Internacional público*, Madrid: Dilex: 79-114; cfr. Melissa Patterson (2006): “Who’s got the title? or, the remnants of *debellatio* in post-invasion Iraq”. *Harvard International Law Journal*, vol. *xlvi*, 2: 467-488.

<sup>31</sup> Rosalyn Higgins (1999): “International Law in a changing international system”. *Columbia Law Journal*, vol. *lviii*, 1: 90-91.

rechazado en ocasiones convertirse en su paraguas legitimador y, entonces, Estados Unidos no ha dudado en prescindir de tal instrumento, postergar a la ONU y cambiar la legitimidad por la efectividad —aunque fuera ilícita, caso de Iraq—, disfrazada para la ocasión con coartadas humanitarias.

Desde esta perspectiva, se constata la existencia de tres grupos de Estados a comienzos del siglo XXI: por un lado, los países con capacidad para influenciar en las relaciones internacionales —los Estados desarrollados—; en segundo lugar, se encontraría otro grupo de países que, con menor índice de desarrollo, asumen y aceptan las pautas directivas del grupo dirigente anterior, al haber desistido de las actitudes de confrontación sostenidas en décadas pasadas; y, en último lugar, se encuentra un tercer grupo de países, con un más exacerbado nacionalismo o integrismo político o religioso, que rechazan las reglas de comportamiento preestablecidas y que son marginados en calidad de minoría disidente<sup>32</sup>. La desgracia del Iraq de Sadam Huseín residió en que se encontraba en este tercer grupo estatal: así, mientras las actuaciones del primer grupo de países eran sistemáticamente excusadas, incluso aunque constituyesen flagrantes vulneraciones de las normas internacionales, las conductas de los terceros son criticadas —a pesar de que puedan no implicar violación jurídica alguna— y castigadas normalmente por los Estados del primer grupo, ya sea mediante el uso de mecanismos institucionales universales (sanciones del cs de Naciones Unidas), o a través del recurso descentralizado a acciones militares propias.

En definitiva, la pretensión estadounidense consiste en establecer un orden hegemónico, no basado tanto en los conceptos de justicia o de igualdad como en las desigualdades, el trato diferenciado y la sustitución de criterios objetivos por consideraciones subjetivas en la calificación de una situación. Para poder consumir este propósito, resulta indispensable que la institucionalización de la sociedad internacional sea escasa, en la medida en que dicha institucionalización puede implicar una calificación objetiva de las situaciones en presencia, lo que constituye un efecto no deseado por los Estados que ocupan posiciones hegemónicas. Por el contrario, la política occidentalizadora requiere el desmontaje de los mecanismos jurídicos formalizados y su sustitución por instituciones débiles que acaten como propia la voluntad de la gran potencia<sup>33</sup>. De ahí que la estrategia a desarrollar consista necesariamente en quebrar la posibilidad de establecer instituciones imparciales con actuaciones fundadas en criterios objetivos, pues este tipo de instituciones puede llegar a criticar los actos del Estado hegemónico si no se comporta con arreglo a las normas del Derecho Internacional, lo que no parece improbable en un mundo monopolar. Esta postura explica, por ejemplo, que Estados Unidos no solo no ratifique el Estatuto de la CPI, sino que se afane en garantizar la inmunidad de sus nacionales ante esa jurisdicción, ya sea mediante el patrocinio de resoluciones *ad hoc* del cs —resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003)— o la celebración de tratados bilaterales en esa dirección.

Las acciones militares internacionales en Kosovo, Afganistán e Iraq —y la reacción posterior del cs ante ellas— constituyen buenas muestras de la explicación anterior.

---

<sup>32</sup> Cfr. Alejandro J. Rodríguez Carrión (2004): *Lecciones de Derecho Internacional público*, Madrid: Editorial Tecnos: 49; Antonio Remiro Brotons (2002): "Bush y los Estados Hampones". *Política Exterior*, 90: 91-98.

<sup>33</sup> Cfr. Luis Pérez-Prat Durbán (2004): *La provincia del Derecho Internacional*, Madrid: Dykinson: 17 y ss.

Asimismo, debemos apuntar que si estas intervenciones armadas pretendían ser justificadas por motivos de humanidad o por consideraciones de seguridad internacional, una mínima coherencia exigiría aplicar estos mismos parámetros en cualquier otra parte del mundo en la que se den condiciones semejantes pues, por ejemplo, persisten flujos de refugiados que huyen de sus países por miedo a depuraciones étnicas o Estados que están desarrollando armas de destrucción masiva, sin que estas situaciones hayan sido objeto, por lo general, de la intervención militar de Estados Unidos y sus aliados, sobre todo si no se producen o tienen consecuencias en el denominado primer mundo<sup>34</sup>.

### III. La instauración de un sistema democrático constitucional en Iraq

En este apartado vamos a analizar el complejo proceso de establecimiento de un nuevo sistema político en Iraq y, para ello, nuestra atención estará centrada en la creación y establecimiento de un régimen constitucional plural desde el estado de ocupación militar internacional, para ya dedicarnos en el siguiente epígrafe a la reposición de la justicia a través del procesamiento penal de los antiguos dirigentes del país por su responsabilidad en graves crímenes cometidos contra su pueblo.

Desde 2003 Iraq ha funcionado bajo un sistema de ocupación internacionalizada sobre la base de tres pilares: la APC multinacional<sup>35</sup>, el Consejo iraquí de Gobierno<sup>36</sup> y las Naciones Unidas<sup>37</sup>. En cierto sentido, este sistema resultaba novedoso desde la perspectiva de la administración territorial internacional. Asimismo, las tres partes citadas pretendían funcionar de modo coordinado bajo la cobertura de las resoluciones del cs, como resultado de un proceso complicado de negociación sobre el alcance y la legitimidad de la autoridad de ocupación, y la voluntad de reconstruir el país y restaurar el autogobierno iraquí a partir de la preservación de su soberanía e integridad territorial<sup>38</sup>.

Como es sabido, el proceso de implantación de un régimen constitucional comenzó desde poco después de la ocupación militar y ha tenido un primer punto de

---

<sup>34</sup> No obstante, tal vez el estado de la situación esté evolucionando en este sentido, al ver la reacción del cs de las Naciones Unidas ante la guerra civil en Libia en 2011 (Resolución 1973 [2011], de 17 de marzo de 2011). Cfr. Ulises Canchola Gutiérrez (2004): "Análisis jurídico del régimen resolutorio adoptado por el Consejo de Seguridad respecto a Iraq y el uso de la fuerza por parte de una coalición de Estados". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV: 87-116.

<sup>35</sup> La APC asumió, tras la invasión, el control completo sobre Iraq (cfr. la Resolución 1483 (2003) del cs de las Naciones Unidas, de 22 de mayo de 2003).

<sup>36</sup> Este Consejo de Gobierno del Iraq fue establecido el 13 de julio de 2003 por la citada APC mediante su Reglamento n.º 6, y aceptado por el cs de las Naciones Unidas (Resolución 1500 (2003), de 14 de agosto de 2003).

<sup>37</sup> Así, la UNAMI fue establecida en agosto de 2003 (Resolución 1500 [2003] del cs, de 14 de agosto de 2003, punto dispositivo 2).

<sup>38</sup> Cfr. Carsten Stahn (2008): *The Law and Practice of International Territorial Administration*, Cambridge: Cambridge University Press: 363-381 (en particular, página 380); David J. Scheffer (2003): "Beyond Occupation Law". *American Journal of International Law*, vol. xcvi, 4: 842-860.

inflexión con la aprobación de la nueva Constitución de Iraq mediante el referéndum popular celebrado el 15 de octubre de 2005<sup>39</sup>.

Sin embargo, ha de reconocerse en primer lugar, el enorme problema de la inseguridad existente en Iraq: desde que se produjo la invasión y el subsiguiente derrocamiento de Saddam Huseín, la insurgencia terrorista ha desarrollado una actividad incesante, cometiendo atentados indiscriminados contra las fuerzas ocupantes, la población civil e incluso contra las organizaciones internacionales y las ONG de ayuda humanitaria. En este sentido, cabe recordar que la cruel violencia terrorista ha castigado incluso a las Naciones Unidas<sup>40</sup> o a la Cruz Roja<sup>41</sup>, pero se ha centrado, sobre todo, en atacar con atroz regularidad a la población civil, fustigando de manera especial a las fuerzas policiales iraquíes, en su calidad de símbolo de la colaboración ciudadana en el proceso de reorganización política del país. Así, este problema de inseguridad y violencia constantes sigue siendo el más grave del Iraq actual, sin que los años transcurridos desde la caída del dictador hayan sido suficientes para que las autoridades gubernamentales se hayan mostrado capaces de garantizar el mantenimiento de la ley y el orden a lo largo del país<sup>42</sup>.

El texto constitucional fue elaborado durante el año 2005 por la Asamblea Nacional constituyente elegida en las elecciones de 30 enero de aquel año<sup>43</sup>, por lo que no se dispuso de mucho tiempo para su redacción y, además, se contó con otro inconveniente añadido, la escasa representación de los árabes suníes en el Parlamento constituyente como consecuencia de haberse negado de forma generalizada a participar en los citados comicios de enero de 2005. Si bien se realizaron diversos esfuerzos para integrar a este grupo significativo de población en el proceso constituyente y tomar en consideración sus posiciones, sin embargo la comunidad suní no se dio por satisfecha y, ante este obstáculo, se optó por dejar a propósito sin resolver algunos aspectos polémicos para que sean solucionados —o en su caso modificados— por la Asamblea ordinaria surgida de las elecciones del 15 de diciembre de ese mismo 2005. En realidad, más que una Carta Magna definitiva, el texto finalmente aprobado es provisional y está sujeto a probables reformas importantes, de tal forma que nos encontramos ante un proceso constituyente inacabado.

Para que la Constitución fuera aprobada en referéndum, era necesario que los votos afirmativos superasen a los votos negativos en el resultado global de todo el país pero

---

<sup>39</sup> Cfr. Manuel Coma (2005): "Iraq: la política de la Constitución y el referéndum", Fundación Real Instituto Elcano [en línea en [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/defensa+y+seguridad/ari+128-2005](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/defensa+y+seguridad/ari+128-2005), citado 27 may 12].

<sup>40</sup> El 19 de agosto de 2003 el complejo de las Naciones Unidas en Bagdad fue atacado en un atentado terrorista devastador, que destruyó dicho edificio y asesinó, entre otros funcionarios y empleados de la Organización universal, al representante especial del secretario general para Iraq, Sergio Vieira de Mello y al español Manuel Martín-Oar, adjunto al Cuartel General de la APC y coordinador de los organismos especializados de la ONU (cfr. *Keesing's Record of World Events*, vol. XLIX, 7-8: 45 571 [2003]).

<sup>41</sup> En octubre de 2003 fue atacada la sede del CIRC en Bagdad. cfr. *Keesing's Record of World Events*, vol. XLIX: 45 671 [2003]).

<sup>42</sup> Por ejemplo, cfr. Olga Arroyo y Raquel Fontecha, Fernando Reinales (2007): "Un estudio cuantitativo sobre las actividades terroristas relacionadas con Al Qaeda en Iraq", Fundación Real Instituto Elcano.

<sup>43</sup> Sobre esos comicios legislativos, cfr. *Keesing's Record of World Events*, vol. LI, 1: 46 435 (2005).

además, según las disposiciones legales que regulaban este proceso electoral, si en tres de las 18 provincias iraquíes (llamadas *gubernoratos*) ganaba el no —la respuesta negativa— por una proporción de dos tercios, entonces la Constitución no se consideraría aceptada por el pueblo iraquí; es decir, las normas electorales otorgaban a las minorías la facultad de bloquear el proyecto constitucional<sup>44</sup>. Con una participación del 63 % del censo electoral —cinco puntos superior al porcentaje de participación en las elecciones legislativas de enero—, el resultado de la consulta fue favorable a la aprobación de la Constitución, pues el 79 % de los votantes contestaron afirmativamente al referéndum, frente a un 21 % de sufragios negativos. Pero, como la comunidad suní no participó en el proceso constituyente y alentaba el rechazo del texto constitucional, persistía el riesgo de que no fuese aprobada; de hecho, vencieron los sufragios negativos en aquellas provincias cuya población es mayoritariamente suní, y estuvo a punto de cumplirse el citado supuesto previsto por la legislación electoral de que en tres provincias se rechazase la Constitución por dos tercios de los votos válidos emitidos.

Teóricamente, el proceso constituyente debería haberse desarrollado con arreglo a la Ley administrativa transitoria, elaborada y aprobada por la APC ocupante —en negociación con diversas fuerzas políticas locales— antes de la transferencia de la soberanía al Gobierno iraquí en junio de 2004<sup>45</sup>. Pero durante el proceso se prorrogaron los plazos previstos para la elaboración del texto, la Comisión Constitucional de la Asamblea Legislativa incluyó a árabes suníes no parlamentarios para compensar su escasa representación en la Asamblea por los motivos ya explicados, y esta Comisión simplemente comunicó a la Asamblea que ya había redactado un texto constitucional, el cual sería aprobado —sin votación— por el Parlamento el 28 de agosto de 2005, como si de un mero trámite formal se tratase<sup>46</sup>, pues no puedo estudiar ni discutir el proyecto de Constitución. Esta sensación de precipitación se ve agravada por el hecho de que los miembros de la Comisión Constitucional siguieron negociando aspectos claves del texto hasta tan solo tres días antes del referéndum, y los ciudadanos fueron informados del contenido y las modificaciones sobrevenidas de este proyecto constitucional únicamente por los medios de comunicación, pero pudieron evaluar por sí mismos el documento completo.

Los principales aspectos conflictivos entre las tres grandes comunidades étnico religiosas del país —chií, suní y kurda— se refieren a la cuestión del federalismo, el papel otorgado a la religión en el ordenamiento jurídico, y la participación equitativa en los ingresos obtenidos por la venta de petróleo. Aquellas cuestiones más polémicas —sobre todo en la organización federal del país, con la abierta oposición de los

---

<sup>44</sup> Como ha señalado Manuel Coma, esta disposición estaba diseñada para colmar las pretensiones de los kurdos y “proteger el amplio autogobierno que venían disfrutando desde 1992, tras la derrota de Sadam en Kuwait, en las tres provincias septentrionales en las que son abrumadoramente mayoritarios”. En realidad, suponía el reconocimiento de la visión federalista de Iraq, que es la reconocida en el texto constitucional (*op. cit.* Manuel Coma, 2005: 4).

<sup>45</sup> Esa transferencia de soberanía se materializó el 28 de junio de 2004, y el cs de las Naciones Unidas dio la bienvenida a esta nueva etapa de la transición iraquí hacia un régimen político democrático, a través de la Resolución 1546 (2004), de 8 de junio de 2004 (cfr. *Keesing's Record of World Events*, vol. 1, 6: 46 088 [2004]).

<sup>46</sup> Cfr. *Keesing's Record of World Events*, vol. 11, 7-8: 46 798-46 799 (2005).

árabes suníes— fueron pospuestas mediante la incorporación de cláusulas constitucionales ambiguas e imprecisas, a ser desarrolladas por la Asamblea ordinaria resultante de los comicios legislativos de 15 de diciembre de 2005. Precisamente ese carácter impreciso y provisional de muchas de las disposiciones constitucionales, junto a la remisión de los aspectos problemáticos a la posterior legislación de desarrollo de la Constitución, impulsaron a uno de los partidos más importantes de la comunidad suní a decidir poco antes del referéndum su apoyo al texto constitucional propuesto, lo que probablemente dividió a la oposición árabe suní y permitió la aprobación popular de la Constitución.

Otra consecuencia favorable del proceso político que desembocó en la aprobación del texto constitucional se refiere al hecho de que la población suní, que se había negado a participar en las elecciones de enero de 2005 y había propugnado el rechazo a la Constitución en el plebiscito de octubre de ese año, sin embargo modificó poco después su postura abstencionista y participó en las elecciones legislativas de diciembre de 2005, pues los suníes se dieron cuenta del perjuicio que les había provocado su actitud numantina anterior, al haberlos dejado al margen del proceso de elaboración de la ley fundamental que iba a regir la vida política del país.

Como es sabido, la comunidad árabe suní se ha venido caracterizando durante estos años pasados por su apoyo al régimen anterior de Sadam Huseín, una profunda identidad comunitaria, su localizada concentración en algunas provincias concretas del país, un acendrado nacionalismo iraquí y cierta tendencia al panarabismo; además, se trataba de la comunidad más próxima a la insurgencia terrorista, con la que ha mantenido una relación de influencia recíproca. De hecho, el terrorismo totalitario sufrido casi diariamente en Iraq, que pretende imponer una coacción sistemática sobre la población civil y torpedear el esfuerzo de reconstrucción política democrática, cometió muchos más atentados en las elecciones de enero de 2005 —en las cuales la comunidad suní se abstuvo de participar—, que en el referéndum constitucional de octubre de ese mismo año, donde los árabes suníes sí decidieron votar en sentido negativo a la Constitución propuesta.

Los resultados del referéndum constitucional de 15 de octubre de 2005 no se dieron a conocer hasta diez días después, pues un grupo de observación electoral de las Naciones Unidas aconsejó a la Comisión Electoral Independiente de Iraq la investigación de todos aquellos recuentos provinciales cuyo porcentaje resultara sospechosamente abrumador, aplicando con ello los estándares de uso habitual en los casos de comicios celebrados bajo supervisión internacional.

Pese a la persistencia del clima de inseguridad e inestabilidad, y de la precariedad de las condiciones de vida, los iraquíes ya demostraron entonces, con su elevado nivel de participación en las diversas citas electorales a las que se les convocó a lo largo de 2005 (comicios legislativos de enero y diciembre, y referéndum constitucional de octubre), su deseo de encaminarse hacia un marco político democrático y constitucional. Ciertamente, una parte considerable de sus ciudadanos —sobre todo los árabes suníes, pero también bastantes chiíes— han mostrado una cierta disconformidad con el modelo federalista diseñado en la Carta Magna y también con el exorbitante protagonismo desempeñado por las autoridades religiosas en la vida política, pues la separación efectiva entre el Estado y las iglesias constituye un rasgo característico de



los regímenes democráticos; pero para ello sería necesario un mayor grado de secularización de la propia sociedad iraquí. Durante años, la dirección del voto ha sido altamente dependiente del grupo religioso al que se pertenece, salvo en la comunidad kurda, fuertemente cohesionada por el factor nacionalista, lo que determina la tendencia política de sus miembros. Tal vez, esta influencia religiosa haya perdido parte de su preponderancia tras las elecciones de 7 de marzo de 2010, donde parecen haber recuperado cuotas de poder las facciones laicas apoyadas por Estados Unidos<sup>47</sup>. Además, en aquel momento, la retirada progresiva de las fuerzas de combate ocupantes de Iraq se preveía que estuviese completada para finales de 2011.

#### **IV. El procesamiento penal de Sadam Huseín como paradigma del nuevo sistema judicial iraquí**

De forma paralela a la organización de un nuevo régimen político en Iraq, también se ha ido reestructurando el sistema judicial del país y, en este sentido, se han venido celebrando una serie de procesos penales para enjuiciar algunos crímenes muy graves cometidos durante el régimen anterior. En este contexto, se celebró en 2006 el primer procesamiento penal del anterior presidente del país, Sadam Huseín, bajo el atento escrutinio de la comunidad internacional y los medios de comunicación<sup>48</sup>. En medio del contexto político altamente inestable y volátil existente en Iraq, el procesamiento criminal de los dirigentes del régimen pretérito adquirió una notoria relevancia simbólica. Como es conocido, Sadam Huseín fue condenado a la pena capital por un tribunal iraquí por motivo de su responsabilidad en una matanza de chiíes cometida en 1982, y ejecutado en la horca en la madrugada del 30 de diciembre de 2006.

En este epígrafe vamos a analizar tanto el procedimiento penal desarrollado como la condena y posterior ejecución del anterior presidente de Iraq, con el objeto de poder valorar, por un lado, el grado de imparcialidad, equidad y justicia atribuible al proceso judicial contra Sadam Huseín y, por otro, la pena de muerte desde la perspectiva del Derecho Internacional, en cuanto excepción reglada al derecho fundamental a la vida.

Como ya sabemos, la coalición militar ocupante no fue capaz, en general, de mantener la seguridad y el orden en el país, ni tampoco de preservar los lugares donde se encontraban las evidencias documentales y forenses imprescindibles para la correcta investigación de los hechos. No obstante, la presión de diversas organizaciones humanitarias forzó a la APC, en el verano de 2003, a adoptar un plan de acción para la localización de las fosas comunes de las víctimas del régimen anterior, pero no le asignó los recursos humanos y financieros necesarios para su funcionamiento; además, durante el repentino vacío de poder provocado por la ocupación militar se perdieron numerosos documentos de gran valor probatorio sobre los crímenes después investigados.

---

<sup>47</sup> A este respecto cfr. Pedro Rojo Pérez (2010): "Elecciones iraquíes 2010: clave para la evolución interna y regional", Fundación del Real Instituto Elcano.

<sup>48</sup> En realidad, el juicio penal contra Sadam Huseín era el segundo de este tipo desarrollado en Iraq contra un expresidente, pues ya en 1963 había sido sometido a proceso penal el también derrocado presidente Abdel Karim Kassem, que fue entonces condenado a muerte por un tribunal revolucionario.



Comoquiera que tales crímenes fueron perpetrados en Iraq, resulta absolutamente lógico que sean los tribunales del lugar de comisión de los hechos los que se encarguen de la instrucción de las causas penales y del procesamiento de los acusados, pues ese es el foro aplicable. De este modo, quedaría descartada la posibilidad de acudir a un tribunal internacional *ab initio* si los tribunales del foro aplican su jurisdicción, de forma que los procedimientos penales se desarrollasen en el propio país como mejor manera de aproximar el mecanismo de la justicia criminal internacional a las necesidades de las víctimas. Ciertamente, los hechos cometidos fueron considerados por el Tribunal iraquí como constitutivos de un crimen contra la humanidad, pero solo podría haberse acudido a la flamante CPI para su enjuiciamiento de forma subsidiaria, si hubieran concurrido todas las circunstancias siguientes: que la jurisdicción interna iraquí se hubiera abstenido de investigar y enjuiciar este caso o lo hubiera hecho sin las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional; que se tratara de crímenes cometidos tras la entrada en vigor del Estatuto de dicha Corte (1 de julio de 2002); y que Iraq fuese Estado parte en dicho estatuto. Como no se reunían estas condiciones, la justicia penal internacional no podría haber procedido contra Sadam Huseín.

Ahora bien, la ocupación militar de Iraq había provocado el colapso del sistema judicial existente en ese país, y tampoco podía confiarse en la imparcialidad de los tribunales de la dictadura. Por ello, tras la captura de Sadam, la APC —controlada por Estados Unidos—, decidió establecer en diciembre de 2003 el —entonces denominado— Tribunal Especial Iraquí para enjuiciar a los presuntos responsables de los genocidios, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad perpetrados durante el régimen político anterior; pues la coalición ocupante se mostró muy interesada en que fuera un proceso judicial enteramente iraquí. La magnitud de los crímenes cometidos en aquella época explica la complejidad de los procesos penales abiertos y, desde el principio, exigió considerable esfuerzo y tiempo en su preparación e investigación, pese al apremio de los sucesivos Gobiernos interinos iraquíes para acelerar las instrucciones y procesamientos.

Pasamos a explicar de modo sucinto el sistema judicial iraquí implantado durante el período de ocupación militar para permitir el procesamiento penal de los dirigentes del régimen de Sadam Huseín. El Tribunal Penal Supremo de Iraq fue instaurado como un órgano judicial interno dedicado específicamente a la investigación y procesamiento de altos cargos del régimen político anterior por las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante esa época, lo que suponía una oportunidad de conocer la verdad de los hechos y de llevar la justicia a las víctimas y a la sociedad de ese castigado país. Este Tribunal ha sido financiado principalmente por Estados Unidos y, desde el inicio, estaba compuesto por salas de primera instancia y una sala de apelaciones. Los jueces, fiscales, el resto del personal del Tribunal y el principal letrado de la defensa ostentan nacionalidad iraquí<sup>49</sup>. No obstante, se preveía la posibilidad de designar juristas extranjeros con experiencia en derecho penal internacional como asesores de los jueces y fiscales del tribunal, con el objeto de suministrarles asistencia en materia

---

<sup>49</sup> Cfr. los artículos 22.4 y 28 del estatuto de este Tribunal.

jurídico-internacional; asimismo, el letrado principal de la defensa podía ser ayudado por abogados no iraquíes, pero estos no podían registrarse como representantes legales del acusado, a menos que contasen con la aprobación explícita en este sentido del Ministerio de Justicia.

Su estatuto regulador establece que el Tribunal tiene jurisdicción sobre nacionales iraquíes y extranjeros residentes en ese país acusados de cometer delitos graves como el genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad perpetrados entre 1968 y 2003<sup>50</sup>, recogiendo para estos tipos delictivos las mismas definiciones establecidas en el Estatuto de Roma de la CPI. Sin embargo, el Estatuto del Tribunal Iraquí también consideraba que eran crímenes, algunos delitos políticos recogidos en una ley interna de 1958 de excesiva vaguedad y, por ello, susceptibles de aplicación politizada. Por su parte, las instrucciones y procesamientos ante el Tribunal se encuentran regulados por el código iraquí de procedimiento criminal, basado en el sistema penal continental europeo y, por tanto, de tipo inquisitivo<sup>51</sup>. Por consiguiente, la facultad de investigación e instrucción del sumario era competencia de un juez instructor, que ostenta la función de tratar de averiguar la verdad de los hechos con amplios poderes para recoger testimonios, buscar expertos para su asesoramiento, y recoger y preservar los indicios probatorios, tanto inculpativos como exculpativos, todo lo cual es recogido en un sumario escrito. En esta fase de instrucción, el acusado y su abogado defensor tienen un derecho limitado a estar presentes mientras el juez instructor recoge las pruebas e interroga a los testigos, pudiendo formular preguntas a los testigos solo a través y con permiso del instructor, e incorporar al sumario comentarios propios a las deposiciones de los testigos<sup>52</sup>. Posteriormente, la etapa de la vista oral es conducida por los jueces de la sala, quienes dirigen la práctica de las pruebas, interrogan a los testigos, etcétera. Terminada esta fase oral del procedimiento, los jueces se reúnen para dictar la sentencia, que ha de ser escrita y motivada, pudiendo ser recurrida ante la Sala de Apelaciones, compuesta por nueve jueces incluido el propio presidente del Tribunal.

En el primer procedimiento criminal en sustanciarse fueron juzgados, además del dictador, algunos de los más significativos dirigentes del partido político Ba'az —entre ellos el entonces vicepresidente del país y el jefe de los servicios de inteligencia, que era un hermanastro de Sadam—, a los que se imputaban los cargos de asesinato —de 143 personas— y torturas cometidos en 1982 contra habitantes chiíes de la ciudad de Dujail, en represalia por un atentado fallido contra el dictador. Según la documentación recopilada por el Tribunal, incluyendo testimonios de testigos, 96 personas fueron ejecutadas de forma sumaria en las horas siguientes al atentado y las otras 47 murieron como consecuencia de las torturas practicadas contra ellas. Asimismo, unos cuatrocientos habitantes de esa ciudad fueron deportados a otra región de Iraq, y otros doscientos fueron detenidos y encarcelados durante cuatro años sin formular cargos penales contra ellos. En junio de 2004 Sadam Huseín fue entregado por los militares estadounidenses a la justicia iraquí, y el tribunal alegó en julio de 2005 las primeras

---

<sup>50</sup> Cfr. artículo 2.1 del Estatuto del Tribunal Iraquí.

<sup>51</sup> Cfr. artículo 19 del Estatuto del Tribunal, que se refiere al código de procedimiento criminal de 1971.

<sup>52</sup> Cfr. párrafos 57, 63 y 64 del código de procedimiento criminal.

imputaciones penales; de hecho, pocos meses después, en octubre de ese año, comenzó el proceso contra él y los demás coacusados.

Este primer proceso criminal contra Sadam Huseín iniciaba lo que pretendía convertirse en un auténtico calvario judicial para el antiguo dictador, pues se prepararon otras doce imputaciones penales contra él: entre ellas, el asesinato de diversos dirigentes religiosos en 1974; el asesinato mediante empleo de gases venenosos de ciudadanos de etnia kurda en 1988; el asesinato de miembros del clan barzani en 1983; el asesinato de oponentes políticos en diferentes épocas de su prolongado Gobierno, la campaña de exterminio de los kurdos entre 1987 y 1988; la invasión de Kuwait en 1990; y la posterior represión de kurdos y chiíes tras sus levantamientos en 1991.

Este primer juicio se desarrolló ante una sala de primera instancia compuesta por cinco magistrados, que habían sido adiestrados en materia de procedimiento criminal durante meses en Reino Unido y, de hecho, este Tribunal aplicó en sus actuaciones una mezcla de normas jurídicas internacionales y derecho penal interno en el marco del sistema legal doméstico reconstruido desde 2003. Al fin y al cabo, la tipificación y persecución de los crímenes mencionados ha sido una obra realizada especialmente desde el Derecho Internacional, y en los últimos años el surgimiento de diversos tribunales penales internacionales ha consolidando un cuerpo normativo y una práctica judicial específica en materia de procesamiento criminal en supuestos de graves violaciones de derechos humanos. No obstante, tanto los abogados de la defensa como diversas organizaciones no gubernamentales especializadas en derechos humanos, verbigracia Human Rights Watch y AI, mostraron cierta preocupación y algunas dudas sobre la independencia e imparcialidad del Tribunal, cuestionando su capacidad de adaptación a los estándares internacionales de justicia<sup>53</sup>. En concreto, y teniendo en cuenta que Iraq se encuentra obligado en calidad de Estado parte, a cumplir las disposiciones del PIDCP, las citadas ONG centraron sus críticas en algunos aspectos claves del procedimiento penal en marcha: por un lado, el establecimiento de un criterio no adecuado de prueba y convicción condenatoria, así como una inapropiada protección contra la autoinculpación; por otro lado, las restricciones procedimentales y sustantivas impuestas a los acusados en el derecho a preparar su defensa jurídica; asimismo, la reinstauración de la pena de muerte como posible condena, y además con un amplio campo de aplicación; y por último, la probable injerencia política sobre el tribunal, lo que le llevaría a la pérdida de las necesarias independencia e imparcialidad.

Veámoslo con más detenimiento: ciertamente, el desarrollo del proceso penal del caso Dujail puede calificarse de tumultuoso y complicado por varios motivos: los acusados, incluido Sadam Huseín, mostraron en numerosos momentos una actitud desafiante al propio Tribunal, al no reconocer su legitimidad para procesarles. Además, algunos de los letrados de la defensa (incluido el vicepresidente del equipo de abogados de Sadam Huseín) fueron secuestrados y asesinados en Iraq durante el proceso, lo que llevó a los abogados defensores a exigir al propio Tribunal y al Gobierno de

---

<sup>53</sup> Cfr. *ad exemplum*, el informe de Human Rights Watch (2005) titulado “The former Iraqi Government on trial”: 8-18 [en línea en <http://hrw.org/backgrounders/mena/iraq1005>, citado 27 may 12]; y el comunicado de prensa de AI (2005): “Iraq: Saddam Hussein trial must be fair and seen to be fair”, documento MDE 14/040/2005.

Iraq que les prestase mayor protección mediante medidas eficaces pues, en caso contrario, no continuarían su trabajo jurídico y no acudirían a las siguientes audiencias. Asimismo, dichos letrados (entre los que se encontraba el exsecretario de Justicia de Estados Unidos, Ramsey Clark) cuestionaron, durante la vista oral, la legitimidad del procedimiento en curso, y los propios acusados se quejaron de falta de adecuado del asesoramiento jurídico. Por añadidura, el juez presidente de la sala renunció en enero de 2006, ante las críticas de algunos miembros del Gobierno iraquí de haber tenido supuestamente una actitud demasiado indulgente con los acusados durante el juicio oral, de modo que tuvo que ser sustituido con urgencia por otro juez para que presidiera el resto del proceso.

El juicio quedó visto para sentencia en julio de 2006, tras los alegatos finales de las partes: mientras que los abogados de los acusados les defendieron como “no culpables” del asesinato y tortura de esas personas, negando los cargos contra ellos, por el contrario la Fiscalía en sus conclusiones finales afirmó que la matanza fue premeditada y había sido ordenada por los principales acusados, por lo que solicitó la imposición de la pena capital contra Sadam Huseín y otros dos acusados por su responsabilidad criminal máxima, invocando el artículo 421 del Código Penal iraquí. Según el fiscal, el intento de atentado contra Sadam Huseín en Dujail en 1982 había sido solamente un montaje del régimen dictatorial para permitirle justificar el asesinato masivo de los habitantes de dicha localidad. No obstante, el fiscal rebajó a penas de prisión su petición de sanción para otros tres de los acusados, porque simplemente se limitaron a cumplir órdenes de sus superiores; y para un último acusado, la Fiscalía no solicitó pena de prisión por carencia de pruebas incriminatorias contra él.

Por fin, el Tribunal cerró el procedimiento en primera instancia dictando sentencia el 5 de noviembre de 2006, por la que condenaba a Sadam Huseín y a otros dos acusados a la pena capital, al encontrarles culpables de la comisión de un crimen contra la humanidad por la ejecución de 143 personas residentes en Dujail. Asimismo, la sala sentenció a cadena perpetua al antiguo vicepresidente del país, y condenó a penas de prisión de entre 7 y 15 años a otros tres acusados —altos dirigentes del partido Ba’az en aquella época— por “homicidio involuntario”, mientras que los absolvía de la imputación de “crímenes contra la humanidad”; y declaró inocente al último de los acusados, ordenando su puesta en libertad.

Los abogados de la defensa recurrieron la sentencia ante la Sala de Apelaciones, que, el 26 de diciembre de 2006, confirmó el veredicto de culpabilidad y la sentencia de pena capital contra Sadam Huseín, cuya ejecución debería materializarse en un plazo no superior a treinta días, según estipula el Estatuto del propio tribunal en su artículo 30. Como último recurso, los letrados del exgobernante solicitaron ante un juzgado federal estadounidense un aplazamiento en la aplicación de la sentencia, aduciendo que Sadam se encontraba bajo custodia del Ejército norteamericano, pero dicho recurso también fue rechazado por la juez competente. Así, la pena de muerte del exdictador se materializó el 30 de diciembre de ese año seguida, el 15 de enero de 2007, por la ejecución de los otros dos condenados.

Deseamos resaltar diversos aspectos del proceso judicial desarrollado contra Sadam Huseín que merecen ser criticados: un primer asunto cuestionable del citado proceso penal se refiere a la no exigencia, para una eventual sentencia condenatoria,

del estándar admitido por los tribunales penales internacionales de probar la culpabilidad del acusado “más allá de toda duda razonable”, sino que bastaba con el criterio de que los jueces quedaran “satisfechos” de su culpabilidad —principio seguido por el derecho penal iraquí—, lo que resulta un fundamento de prueba insuficiente, sobre todo, teniendo presente la complejidad de este tipo de enjuiciamientos penales, y que en esta dirección podría llegar a quebrantarse la presunción de inocencia del acusado, garantía básica en un Estado de derecho<sup>54</sup>. Tampoco se garantiza suficientemente, sobre todo por el código iraquí de procedimiento criminal, el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos ni a confesarse culpables, incluyendo su derecho a mantener silencio<sup>55</sup>.

Otra cuestión criticable de este proceso judicial consiste en que los acusados, en la práctica, no disfrutaron de garantías para preparar su defensa jurídica en las mismas condiciones concedidas a la Fiscalía, lo que vulnera el principio de igualdad de armas, lo que puede producir la indefensión de los acusados y, por tanto, no garantiza su tutela judicial efectiva<sup>56</sup>. En concreto, Iraq está obligado a otorgar a los acusados las garantías judiciales establecidas, como umbral mínimo indispensable, por el artículo 14 del PIDCP, lo que parece reconocer el Estatuto del Tribunal (artículo 22), pero que no son protegidas de la misma manera por el código de procedimiento criminal ni por el Reglamento de procedimiento y prueba del Tribunal, de lo que se deducía el peligro evidente de que esos derechos de los acusados no fueran implementados de forma apropiada. Así, por ejemplo, algunos abogados defensores se quejaron de sufrir restricciones en el acceso a sus defendidos y de haber recibido la documentación del sumario sin tiempo suficiente para poder estudiarla y preparar el caso adecuadamente.

La defensa jurídica del dictador y de los demás acusados estaba a cargo de un equipo de abogados iraquíes auxiliados por juristas extranjeros que prepararon su trabajo en Jordania, pues los letrados procedentes de Iraq carecían de experiencia contrastable en grandes procesos penales y en acusaciones de crímenes contra la humanidad. Por añadidura, algunos de estos abogados habían sido asesinados en Iraq, lo que complicaba aun más la preparación y puesta en funcionamiento de la defensa jurídica de los acusados. En este contexto, el procedimiento debió haber sido prolongado el tiempo necesario para permitir la reorganización del equipo jurídico de la defensa y garantizar la realización de su labor en las mejores condiciones posibles, teniendo en cuenta las adversas circunstancias en que se encontraba.

En cuanto a la aplicación de la pena de muerte, Estados Unidos la había descartado al detener a Sadam en 2003, pero las autoridades iraquíes la restablecieron cuando se

---

<sup>54</sup> Ha sido reconocido en múltiples ocasiones el principio *in dubio pro reo*, en el sentido de que las dudas que tenga el juez sobre la culpabilidad de un acusado han de beneficiarle y que las pruebas contra él deben ser suficientemente claras para despejar cualesquiera dudas razonables sobre su culpabilidad. Cfr. sentencia de 6 de diciembre de 1988 del TEDH en el asunto Barberá, Messegue y Jabardo contra España, (párrafo 77); y sobre esta sentencia Fanny Castro-Rial Garrone (1989): “Consideraciones a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto “Barberá, Messegue y Jabardo c. España””. *Revista de Instituciones Europeas*, vol. XVI, 3: 789-807.

<sup>55</sup> Cfr. el párrafo 179 del citado código de procedimiento criminal, que claramente contradice las garantías otorgadas por el Estatuto del Tribunal en su artículo 22.4.

<sup>56</sup> Cfr. *op. cit.* Human Rights Watch (2005): “The former Iraqi Government on trial”: 9-14.

transfirió la soberanía a su Consejo Provisional de Gobierno. De este modo, el tribunal estaba facultado para aplicar cualesquiera penas admitidas por el derecho iraquí (artículo 24 de su estatuto), incluyendo la pena de muerte debido a la grave naturaleza de los crímenes enjuiciados, pese a que las ONG humanitarias son contrarias a tal posibilidad como cuestión de principio; además, todo funcionario de Iraq —incluido el presidente— tenía vedada la posibilidad de conmutar sentencias condenatorias a pena de muerte, y se estableció la obligación de realizar la ejecución del condenado dentro del plazo de 30 días desde la sentencia definitiva (artículo 30 del estatuto). Esta proscripción de cualquier posibilidad de clemencia vulnera el PIDCP, internacionalmente vinculante para Iraq, cuyo artículo 6.4 reconoce de forma expresa el derecho de toda persona condenada a muerte a solicitar el indulto o la conmutación de la pena capital.

La ejecución de Sadam Huseín, consumada apresuradamente tan solo cuatro días después de la sentencia de apelación, produjo todo un conjunto de reacciones mayoritariamente contrarias a la misma. Mientras que el Gobierno de Iraq consideraba que la desaparición del dictador cerraba un capítulo oscuro de la historia del país, pidiendo a todos los iraquíes que se unieran y olvidaran sus discrepancias, tanto el secretario general de Naciones Unidas como su alta comisionada para los derechos humanos lamentaron la ejecución posterior de los otros dos condenados a muerte —a pesar de la solicitud de suspensión que habían dirigido al presidente de Iraq pocos días antes—, reiterando sus recelos acerca de la justicia e imparcialidad del proceso penal desarrollado, y recordando que en Derecho Internacional la aplicación de la pena capital solo se admite en circunstancias muy restringidas y estrictamente reguladas; por el contrario, la imposición de una pena de muerte tras un procedimiento irregular y de dudosa imparcialidad equivale a una violación del derecho a la vida. Por eso, diversos órganos especializados de la ONU han instado de nuevo a las autoridades iraquíes a suspender *sine die* cualesquiera ejecuciones hasta que sea garantizado un procedimiento penal justo y plenamente respetuoso con todas las garantías procesales requeridas por el Derecho Internacional de los derechos humanos. Asimismo, la excesiva premura impuesta en la ejecución de la pena de muerte iba a impedir de facto en los juicios posteriores el conocimiento de los hechos y la sustanciación de la responsabilidad criminal correspondiente.

Si los derechos humanos y las libertades fundamentales son entendidos como inalienables, la condena a pena de muerte no puede considerarse como admisible, ni siquiera para ser aplicada a los criminales más abominables, toda vez que supone una excepción clara al derecho a la vida y constituye un castigo inhumano, único en su crueldad. A mayor abundamiento, ni siquiera es una pena que resulte eficaz ni práctica para la disuasión ni la reducción de los actos delictivos. Además, en el caso que nos ocupa de la ejecución de Sadam Huseín, su ahorcamiento pudo ser percibido en el interior de Iraq como la aplicación de un ajuste de cuentas al estilo de “la justicia de los vencedores” frente a los partidarios del dictador y, encima, se corría el serio peligro de que los islamistas llegaran a considerar a Sadam como un mártir inolado. Si la lucha contra la impunidad quiere ser legítima, creíble y duradera, ha de basarse en el respeto a los parámetros internacionales sobre derechos humanos y el imperio de la ley.

No obstante, debe reconocerse que la pena de muerte no está prohibida por el Derecho Internacional general, que permite la muerte de una persona como consecuen-



cia de la ejecución de una condena a pena capital; la decisión de abolirla o no es una competencia interna de cada Estado, como manifestación genuina de la soberanía nacional en cuanto principio fundamental del ordenamiento internacional. Eso sí, como ha señalado Ana Salado, los Estados que no han abolido en sus derechos internos la pena de muerte no pueden aplicarla de modo arbitrario, pues el Derecho Internacional ha establecido algunos límites precisamente para evitar tal arbitrariedad, al exigir que solo pueda aplicarse por sentencia de un tribunal competente, independiente e imparcial tras un procedimiento respetuoso con las garantías judiciales mínimas, entre ellas, los principios de legalidad, proporcionalidad, trato humano y no discriminación<sup>57</sup>. Además, y si bien numerosos países aún mantienen la pena capital como sanción, sin embargo existe en la sociedad internacional una clara tendencia progresiva hacia su abolición, tanto en el creciente número de Estados que la han erradicado de sus derechos nacionales, como en el papel desempeñado por las organizaciones internacionales al exigir requisitos estrictos para su imposición y ejecución. Este proceso de humanización ha llevado a prohibir la pena capital en algunos instrumentos convencionales específicos: concretamente en el plano universal, el protocolo facultativo II del PIDCP, destinado a abolir la pena de muerte (1989), y en diversos ámbitos regionales, los protocolos sobre esta cuestión incorporados en 1983 al CEDH y en 1990 a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, la AG de las Naciones Unidas lleva décadas defendiendo la necesidad de restringir el número de delitos sancionables con pena de muerte y promoviendo su abolición en los ordenamientos internos de los Estados y en el Derecho Internacional, lo que se ha visto reflejado en los estatutos de los tribunales penales internacionales —tanto de la CPI como de los tribunales de la antigua Yugoslavia y Ruanda—, que han excluido la pena de muerte del catálogo de sanciones penales a aplicar por sus salas.

Por lo que se refiere al peligro de injerencia política en el Tribunal de Iraq, se constató la existencia de declaraciones de algunos altos funcionarios del Gobierno prejuzgando el resultado de los procesos, y de disputas entre diversas facciones políticas iraquíes para controlar el Tribunal, lo que evidentemente ponía en entredicho su independencia e imparcialidad.

Otra de las causas de preocupación internacional sobre esos juicios venía referida al papel desempeñado por Estados Unidos. Ciertamente tanto el tribunal como la legislación aplicable fueron iraquíes, pero no podemos olvidar que ese país ha estado bajo ocupación militar desde 2003, razón por la cual pueden suscitarse dudas sobre la imparcialidad de este órgano judicial y del procedimiento penal abierto precisamente contra los dirigentes del régimen depuesto por la coalición ocupante. En este sentido, Estados Unidos ha reconocido haber prestado asistencia y asesoramiento a las autoridades iraquíes en esta materia y, asimismo, unidades militares estadounidenses se han encargado del encarcelamiento provisional de los acusados, aunque la custodia legal fuera responsabilidad del Gobierno de dicho país.

---

<sup>57</sup> En esta materia resulta obligado referirse a Ana Salado Osuna (1999): *La pena de muerte en Derecho Internacional. Una excepción al derecho a la vida*, Madrid: Editorial Tecnos.



## V. Reflexiones finales

En primer lugar, Iraq se encuentra en la actualidad inmerso en un complejo proceso de estabilización democrática tras las fuertes convulsiones sufridas en los últimos tiempos: la dictadura de Sadam Huseín, la invasión de su territorio por Estados Unidos y sus aliados, el establecimiento de un sistema político constitucional bajo un régimen de ocupación militar autorizado por el cs de las Naciones Unidas, así como los constantes ataques terroristas perpetrados por la autodenominada *insurgencia*. En la actualidad, la cuestión principal se sigue centrando en la persistencia de inseguridad e inestabilidad en el país, pues ni el ocupante militar ni las fuerzas policiales y militares locales han sido plenamente capaces, hasta el momento, de garantizar la seguridad y el disfrute de sus derechos a los ciudadanos iraquíes, ni de prevenir y reprimir los atentados terroristas. En un ambiente tan inestable, se corre el grave peligro de que no llegue a consolidarse el nuevo sistema político fundado en una Constitución democrática. Por eso, debe valorarse de forma positiva la decisión de la comunidad árabe suní de participar en las elecciones legislativas de diciembre de 2005 y de marzo de 2010, pues resulta necesaria la unidad y consenso de todos los elementos políticos y sociales iraquíes para oponerse al terror totalitario, evitar el colapso del proceso de democratización del país y acometer el desarrollo legislativo necesario para implementar el texto constitucional.

En el relevante asunto del restablecimiento de la justicia en Iraq, ha de subrayarse la importancia que ha tenido el desarrollo de los procesos judiciales contra los dirigentes del régimen de Sadam Huseín, a los efectos de evaluar la legitimidad del mencionado Tribunal Penal Supremo y su capacidad para cumplir su función judicial con eficiencia y equidad. La importante personalidad de los acusados y la gravedad de las imputaciones que pesaban sobre ellos atrajeron la atención de la opinión pública internacional y, en este contexto, el Tribunal tuvo que demostrar su disposición a realizar esos procesamientos de forma justa, transparente e independiente de cualesquiera presiones políticas o suspicacias de parcialidad, con el fin de evitar que se les pudiera acusar de ser una especie de “justicia de los vencedores”. De todos modos, la celebración de juicios equitativos en un entorno de inseguridad e incertidumbre política como el existente en Iraq no dejaba de constituir un auténtico desafío, pero ha de recordarse que se trata tanto de un derecho de los acusados, como de un reconocimiento público y diáfano de los hechos, y un derecho de las víctimas del régimen iraquí anterior. Al fin y al cabo, el grado de credibilidad que logre el sistema judicial y político iraquí ante sus propios ciudadanos y ante la sociedad internacional depende de su competencia para impartir justicia en un entorno tan tumultuoso.



## SEGUNDA PARTE

### El caso Couso



# **Tipicidad y antijuridicidad de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado en el Código Penal español**

**JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ**

**Profesor titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales**

**Universidad de Girona**

**Miembro del grupo de investigación sobre Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial. Universidad de Lleida**

*Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social.*

(Cesare Beccaria)

I. Resumen. II. Los delitos graves: 1. La protección de la vida, la salud, la integridad física o moral, la supervivencia y la dignidad de las personas protegidas; 2. Los métodos y medios de combate ilícitos: 2.1. Los medios y métodos de combate prohibidos; 2.2. Medios y métodos de combate destinados a causar sufrimientos innecesarios y daños superfluos; 2.3. Los medios y métodos de combate destinados a dañar el medio ambiente. III. Las conductas constitutivas de infracciones muy graves: 1. La protección general de la población civil: 1.1. Los ataques indiscriminados o excesivos contra la población civil; 1.2. Los actos, represalias o amenazas para aterrorizar a la población civil; 2. La destrucción o el daño a buques o aeronaves no militares; 3. El trato a las personas protegidas en poder de una parte en conflicto; 4. La deportación, el traslado forzoso, la toma de rehenes y la detención ilegal; 5. El traslado por la potencia ocupante de parte de su población al territorio ocupado;

6. La segregación racial y las prácticas inhumanas y degradantes; 7. Los obstáculos a la liberación o repatriación. IV. Las conductas constitutivas de infracciones: 1. Las unidades y medios de transporte sanitarios y lugares especialmente protegidos: 1.1. Las unidades y los medios de transporte sanitarios; 1.2. Las localidades y zonas bajo protección especial; 2. La protección del personal sanitario y religioso; 3. Los actos violentos sobre las personas protegidas en poder de una parte beligerante: 3.1. Las injurias graves; 3.2. La privación de alimento y asistencia médica; 3.3. El trato humillante o degradante; 3.4. La prostitución inducida, el atentado al pudor y las medidas en favor de las mujeres y de los niños; 3.5. La omisión de información; 3.6. Los castigos colectivos por actos individuales; 4. Los emblemas reconocidos; 5. Los signos de nacionalidad; 6. La bandera de parlamento o de rendición; 7. El despojo de cadáveres y de personas protegidas. V. Los bienes especialmente protegidos en caso de conflicto armado: 1. Los bienes culturales o lugares de culto; 2. Los bienes de carácter civil de la parte adversa; 3. El hacer padecer hambre a las personas civiles como método de combate prohibido: los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil; 4. Las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas; 5. Los actos de pillaje. VI. Consideraciones finales.

## I. Resumen

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 establecen la responsabilidad internacional penal para una serie de actos prohibidos, en tanto que susceptibles de ser calificados como crímenes de guerra (artículos 49, 50, 129 y 146, comunes) y, asimismo, disponen un listado de infracciones graves (artículos 50, 51, 130 y 147, comunes) que es completado por los artículos 11.4 y 85.3, así como el artículo 4 del Protocolo Adicional I. Así, los referidos convenios tienen por finalidad impedir que los Estados rehuyan sus responsabilidades, ya que “ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior” (artículos 51, 52, 131 y 148 comunes a los convenios). Por consiguiente, de conformidad con el artículo 1 de los mencionados convenios, los Estados parte están obligados “a respetar y hacer respetar” las disposiciones contenidas en los mismos en todas circunstancias. En atención a los preceptos indicados, los convenios establecen únicamente los tipos delictivos, pues no hacen referencia alguna a la determinación de las penas (naturaleza no autoejecutiva de las normas del Derecho Internacional humanitario relativas a la tipificación y castigo), correspondiendo su imposición a los sistemas penales nacionales y, por ello, en el caso del Estado español, debe traerse a colación el Código Penal, en el cual el legislador ha fijado las sanciones penales aplicables a quienes hayan incurrido en las conductas previstas en los Convenios de 1949. Así, tras la reforma legislativa, el Código Penal de 1995 recoge en su título XXIV, bajo el epígrafe de “Los delitos contra la Comunidad Internacional”, los delitos contra el derecho de gentes (capítulo I), los delitos de genocidio (capítulo II) y, por último, los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (capítulo III).

## II. Los delitos graves

Atendiendo a la clasificación de las infracciones punibles por su gravedad, el artículo 13 del Código Penal estipula que son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave (apartado 1), mientras que las infracciones castigadas con pena menos grave

son delitos menos graves (apartado 2). En conformidad con el artículo 33 del mismo texto penal, serán delitos graves los castigados con prisión superior a tres años (apartado 2, letra a), y delitos menos graves los castigados con prisión de seis meses a tres años (apartado 3, letra a). Por consiguiente, los tipos delictivos contemplados en los artículos 609 a 613 del Código Penal<sup>1</sup> son delitos graves, y los previstos en el artículo 614 constituyen delitos menos graves<sup>2</sup>.

### **1. La protección de la vida, la salud, la integridad física o moral, la supervivencia y la dignidad de las personas protegidas**

El artículo 609 del Código Penal<sup>3</sup> especifica que:

---

<sup>1</sup> Al respecto, cfr. Juan C. Carbonell Mateu y Tomás Vives Antón (1996): "Delitos contra la comunidad internacional y delitos de genocidio" en Tomás Vives Antón (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, II vol., Valencia: Tirant lo Blanch, vol. II; Juan C. Carbonell Mateu (1996): "De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado" en Tomás Vives Antón (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, II vol., Valencia: Tirant lo Blanch, vol. II; Feijóo Sánchez (1997): "Delitos de genocidio" y "De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado" en Gonzálo Rodríguez Mourullo (dir.) y Jorge Barreiro Agustín (coord.): *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Civitas Ediciones; Ramón Paniagua Redondo y José B. Acosta Estévez (1997): "El (nuevo) Código Penal y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado". *Annales: Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Barbas-tro*, vols. X y XI: 47-92; Josep M<sup>a</sup>. Tamarit Sumalla (2001): "Delitos contra la comunidad internacional y Delitos de genocidio" en Fermín Morales Prats (coord.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona: Editorial Aranzadi.

<sup>2</sup> Artículo 614 del Código Penal: "El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrario a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años". Los Convenios de Ginebra estipulan la obligación de los Estados a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves previstas en los mismos (artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente, de los primer, segundo, tercer y cuarto convenios). En igual sentido se pronuncian los artículos 85.1 y 86.1 del Protocolo Adicional I. Por tanto, si bien los textos normativos enunciados no exigen a los Estados parte el sancionar penalmente las violaciones no constitutivas de infracción grave, el artículo 614 del Código Penal los eleva a la categoría de delitos, en tanto que dispone un tipo general residual, si bien son infracciones o actos de menor entidad que no son merecedores del calificativo de infracciones graves. Al margen de esto, en relación a los tratados internacionales, distintos de los Convenios de Ginebra y sus dos protocolos adicionales, que versen sobre la conducción de las hostilidades y la protección de las personas protegidas, y de los que el Estado español sea parte, el citado precepto incrimina como delitos menos graves las infracciones o actos contrarios a las prescripciones dispuestas en los mismos. El artículo 614 constituye una norma penal en blanco, que actúa realizando una remisión a las prescripciones de los tratados internacionales sobre la conducción de las hostilidades y la protección de las personas protegidas, con el objetivo de evitar que quede impune alguna conducta merecedora de sanción según dichos tratados. Así pues, se trata de una norma penal en blanco que "no describe siquiera el núcleo de la acción típica, y que por lo tanto podría considerarse contraria al principio de legalidad e inconstitucional" (Alicia Gil Gil [1999]: A: *Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*, Madrid: Editorial Tecnos: 96).

<sup>3</sup> El texto glosado exige como requisito que los hechos se cometan "con ocasión de conflicto armado", pues en otra circunstancia las conductas tipificadas darían lugar a otros delitos; esto es, se establece un concurso de delitos.



El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos<sup>4</sup>.

En la sentencia de 27 de junio de 1986 la CIJ afirmaba la existencia de unos principios generales en los que se funda el derecho humanitario, constituyendo los Convenios de Ginebra<sup>5</sup> “en ciertos aspectos el desarrollo, y en otros solo la expresión, de dichos principios”. En concreto, la Corte se está refiriendo al artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra, que es el que “enuncia ciertas normas que se aplican a los conflictos armados sin carácter internacional. No hay duda que dichas normas en el caso de conflictos armados internacionales también constituyen el patrón mínimo, además de las normas más detalladas que también se aplican en dichos conflictos”. Se trata de normas que corresponden a lo que la Corte denominó “consideraciones elementales de humanidad”<sup>6</sup>. Así pues, los Estados tienen la obligación, de conformidad con el artículo 1 común a los cuatro convenios, de “respetar” e incluso “hacer respetar” dichos convenios “en todas circunstancias”, dado que tal obligación no deriva solo de los propios convenios, sino también de los principios generales del derecho humanitario de los que los convenios no son más que su expresión concreta. Por consiguiente, dichos principios son vinculantes para los Estados incluso cuando los convenios no son de aplicación.

En la esfera de la reglamentación del Derecho Internacional humanitario, debe traerse a colación los artículos 32 del cuarto convenio y 75 del Protocolo Adicional I. El artículo citado en primer término establece la abstención expresa de cualquier recurso “susceptible de causar sufrimiento físico o la exterminación de las personas protegidas en su poder. Esta prohibición abarca no solamente el homicidio, la tortura, las penas

---

<sup>4</sup> El artículo 76 del Código Penal Militar, que es concordante con el artículo 609, dispone lo siguiente: “El militar que intencionalmente causare la muerte o lesiones graves, torturas, violación, o trato inhumano a herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra, población civil, efectuarse con ellos experiencias médicas o científicas no justificadas que no se ejecuten en bien suyo ni consentidas, o les causare de propósito grandes sufrimientos, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión. Si ejecutase actos que pongan en grave peligro la integridad física o la salud, se impondrá la pena inferior en grado”. El artículo 8.2, letra a del Estatuto de CPI tipifica: el homicidio intencional; la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; y el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud. El artículo 8.2, letra b, el someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo; utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares.

<sup>5</sup> El 4 de agosto de 1952 el Estado español ratificó los cuatro Convenios de Ginebra (cfr. Boletín Oficial del Estado de 23 de agosto, 26 de agosto, 2 de septiembre y 5 de septiembre).

<sup>6</sup> Cfr. CIJ (1986): “Asunto sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 113 y 114.

corporales, las mutilaciones y los experimentos médicos o científicos no exigidos por tratamiento facultativo de una persona protegida, sino también cualquier otra crueldad practicada por agentes civiles o militares". Al precepto indicado, cabe añadir los artículos 50, 51, 130 y 147, respectivamente, del primer, segundo, tercer y cuarto convenios, pues en los mismos se preceptúan como infracciones graves el homicidio intencional, la tortura o tratos inhumanos e incluso las experiencias biológicas y, por último, los grandes sufrimientos y los atentados graves a la integridad física o la salud.

Por su parte, el Protocolo Adicional I dispone una serie de garantías fundamentales de las personas protegidas (artículos 75) y, de esta manera, están prohibidos: los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental, en particular el homicidio, la tortura física o mental, las penas corporales y las mutilaciones; y los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes<sup>7</sup>, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor. Al presente artículo cabe añadir, procedentes del mismo texto normativo, las siguientes prohibiciones: cualquier acto médico que no esté indicado por un estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas, las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos, las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes (artículos 11.1 y 2).

Como se advierte, si bien han tenido un desarrollo distinto y un ámbito de aplicación personal y material que no coincide plenamente, el derecho de Ginebra comparte una esfera común con el Derecho Internacional de los derechos humanos<sup>8</sup>. Así, por ejemplo, en el marco de los instrumentos relativos a los derechos humanos, cabe citar el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona (artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6 del PIDCP); la prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 7 del PIDCP; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes); la prohibición de ataques a la honra y reputación (artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos); la prohibición de experimentos médicos o científicos (artículo 7 del PIDCP).

## 2. Los métodos y medios de combate ilícitos

Dispone el artículo 610 del Código Penal<sup>9</sup> que:

el que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos,

---

<sup>7</sup> El trato infligido a un sujeto es degradante cuando "lo humilla gravemente delante de los demás o lo incita a actuar contra su voluntad o su conciencia" (cf. Première Affaire Grecque [1969]: *Annuaire de la CEDH*, vol. XII: 186; Affaire Patel [1979]: *Annuaire de la CEDH*, vol. XIII: 929).

<sup>8</sup> Cfr. Héctor Gros Espiell (1984): "Derechos humanos, Derecho Internacional humanitario y Derecho Internacional de los refugiados" en Jean Pictet y Cristophe Swinarski: *Etudes et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge*, Ginebra-La Haya: Cicr-Martinus Nijhoff: 699 y ss.

<sup>9</sup> El presente precepto establece un concurso de delitos con los resultados que se ocasionen, ya que especifica *in fine* "sin perjuicio de la pena que se corresponda con los resultados producidos".

así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiéndolo la salud o la supervivencia de la población, será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos<sup>10</sup>.

Los medios de combate designan las armas susceptibles de ser utilizadas por las partes en caso de conflicto armado mientras que los métodos de combate se corresponden con la utilización que esas mismas partes hagan de dichos medios durante el desarrollo del conflicto<sup>11</sup>. El Protocolo Adicional I dispone que “en todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado” (artículo 35.1), prohibiendo “el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios” (artículo 35.2)<sup>12</sup> y “el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”.

La fórmula contenida en el artículo 22 del Reglamento de La Haya relativa a que “los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo” aparece nuevamente recogida, si bien es cierto que con

---

<sup>10</sup> El artículo 70 del Código Penal Militar que es, en parte, concordante con el artículo 610, dispone: “El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos, será castigado con la pena de prisión de tres a diez años. En los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión”. Asimismo, el artículo 8.2, letra b, del Estatuto de la CPI tipifica: dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares; lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea; atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares; matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo; declarar que no se dará cuartel; saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto; emplear veneno o armas envenenadas; emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos; emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del Derecho Internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo al estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que figuran en los artículos 121 y 123; cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el artículo 7.2, letra f, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

<sup>11</sup> Sobre los medios y métodos de combate, cfr. Sydney D. Bailey (1972): *Prohibitions and restraints in war*, Londres: Oxford University Press; Hans Blix (1990): “Medios y métodos de combate” en UNESCO: *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*, Madrid: Editorial Tecnos: 143 y ss.; Philip Bretton (1978): “Le problème des méthodes et moyens de guerre ou de combat dans les Protocoles Additionnels aux Conventions de Geneve du 12 août de 1949”. *Revue Générale de Droit International Public*, vol. LXXXII: 32 y ss.; José L. Rodríguez-Villasante y Prieto (2002): *El Derecho Internacional humanitario en una sociedad internacional en transición*, Santiago de Compostela: Tórculo: 221 y ss.

<sup>12</sup> El artículo 23 del Reglamento de La Haya prohíbe el empleo de veneno y de aquellas armas, proyectiles y materiales que causen daño innecesario.

alguna variante, en el artículo 35.1 del Protocolo Adicional I al disponer este que “el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado”. A la norma fundamental proclamada en el apartado 1, el apartado 2 prohíbe el empleo de medios y métodos de combate “de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios”. La prohibición contenida en el artículo 35.2 se está refiriendo a medios y métodos de combate que puedan causar perjuicios o dolores inútiles o padecimientos no necesarios.

La limitación indicada —prohibición de utilizar determinados medios y métodos de combate— viene determinada por la necesidad de armonizar las posibles exigencias militares con las necesidades de carácter humanitario y, de esta forma, salvaguardar y proteger a las víctimas del conflicto armado. Así pues, entre los diversos medios y métodos de combate disponibles por una potencia para alcanzar un determinado objetivo militar, esta deberá utilizar aquellos que causen menos sufrimientos, daños o destrucción. En fin, afirma Remiro Brotons que “si queremos acabar con la guerra y la violencia en las relaciones internacionales destruyamos los medios de hacerlas”<sup>13</sup>, pero como ello parece imposible, a pesar de la prohibición jurídica del uso de la fuerza en dichas relaciones, lo más práctico es limitar su utilización.

## 2.1. Los medios y métodos de combate prohibidos

La prohibición de utilizar ciertos medios y métodos de combate viene determinada por la necesidad de armonizar las posibles exigencias militares con las necesidades de carácter humanitario<sup>14</sup> y, así, salvaguardar y proteger a las víctimas del conflicto armado. Entre los diversos medios y métodos de combate disponibles por una potencia para alcanzar un determinado objetivo militar, esta deberá utilizar aquellos que causen menos sufrimientos, daños o destrucción. La prohibición de ciertos medios de combate gira en torno a las armas convencionales y a las armas de destrucción masiva.

Las armas convencionales cuya utilización en los conflictos armados son objeto de prohibición<sup>15</sup> se agrupan en: balas explosivas y expansivas (Declaración de San Petersburgo, de 11 de diciembre de 1868); armas envenenadas (artículo 23, letra a, del Reglamento de La Haya de 1907); minas submarinas de contacto (octavo Convenio de La Haya de 1907, referente a la colocación de minas submarinas automáticas

---

<sup>13</sup> Antonio Remiro Brotons (1983): *Derecho Internacional público*, II vol., Madrid: Editorial Tecnos, vol. I: 217.

<sup>14</sup> Cfr. Antonio Cassese (1975): “Weapons causing unnecessary suffering are they prohibited?”. *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. I: 12 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. Richard Baxter (1977): “Conventional weapons under legal prohibitions”. *International Security*, vol. I, 3: 42 y ss.; Philip Bretton (1981): “La Convention du 10 avril 1981 sur l’interdiction ou la limitation de l’emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination”. *Annuaire Français de Droit International*, vol. XXVII: 127-145; Antonio Cassese (1977): “The prohibition of indiscriminate means of warfare” en Robert J. Akkerman, Peter J. van Krieken y Charles O. Pannenberg (eds.): *Declarations on principles. A quest for universal peace*, Leyden: Sijthoff: 171 y ss.

de contacto<sup>16</sup>); bombas de fragmentación y minas terrestres<sup>17</sup> (Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980 y sus tres protocolos (sobre fragmentos no localizables, sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos<sup>18</sup> y sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias).

Las armas de destrucción masiva son las armas nucleares<sup>19</sup>, bacteriológicas<sup>20</sup>, químicas<sup>21</sup> y las técnicas de modificación ambiental con objetivos militares u otros fines hostiles<sup>22</sup>, pues se trata de un medio de combate “que supone un cambio cualitativo respecto al planteamiento y desarrollo de las hostilidades; y ello tanto por su capacidad de destrucción masiva —una sola bomba de hidrógeno tiene mayor capacidad explosiva que todas las bombas caídas sobre Alemania durante la Segunda Guerra Mundial—, como por sus efectos indiscriminados, imposibles de controlar”<sup>23</sup>.

La lectura del artículo 51 del Protocolo Adicional I pone de manifiesto la prohibición de los ataques en los que se utilicen medios de combate que no puedan dirigirse contra

<sup>16</sup> El artículo 1 prohíbe la colocación de minas automáticas de contacto fijas que no lleguen a ser inofensivas en cuanto rompan sus amarras; el artículo 2 prohíbe la colocación de minas automáticas de contacto fuera de las costas y puertos enemigos con la única finalidad de interceptar la navegación comercial; y el artículo 3 dispone que cuando se empleen minas automáticas de contacto deben tomarse medidas de seguridad para la protección de la navegación pacífica (por ejemplo, notificación de las zonas peligrosas) y los beligerantes deben hacer que dichas minas sean inofensivas en un tiempo limitado.

<sup>17</sup> Al respecto, Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, llevada a cabo en Oslo el 18 de septiembre de 1997.

<sup>18</sup> Sobre la enmienda de 1996 del Protocolo Adicional II de la Convención sobre armas convencionales, Cfr. José L. Rodríguez-Villasante y Prieto (2002): *Derecho Internacional humanitario*, Valencia: Tirant lo Blanch: 202 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. Pablo A. Fernández Sánchez et al. (coords.) (1997): *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados*, Sevilla: Universidad de Sevilla; Stefan Glaser (1964): *L'arme nucléaire a la lumière du Droit international*, París: Pedone; Antoni Pigrau Solé (2002): *El empleo de armas nucleares ante el Derecho Internacional humanitario*, en José L. Rodríguez-Villasante y Prieto: *El Derecho Internacional humanitario en una sociedad internacional en transición*, Santiago de Compostela: Tórculo: 253 y ss.; Georg Schwarzenberger (1958): *The legality of nuclear weapons*, Londres: Stevens & Sons.

<sup>20</sup> Cfr. Georges Fischer (1980): “La Conférence d'examen de la Convention interdisant les armes bactériologiques ou à toxines”. *Annuaire Français de Droit International*, vol. xxvi: 89-99; Serge Sur (1984): “La Résolution A/37/98 du 13 décembre et les procédures d'enquête en cas d'usage allégué d'armes chimiques et bactériologiques (biologiques)”. *Annuaire Français de Droit International*, vol. xxx: 93-109; Vincineau (1982): “L'approbation de la convention interdisant les armes bactériologiques, biologiques (ou à toxines)”. *Revue Belge de Droit International*, 2: 803 y ss.

<sup>21</sup> Cfr. Mariano J Aznar Gómez (1993): “La Convención sobre la prohibición del desarrollo la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción”. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLII, 2: 560-567; Felix C. Calderón (1989): “La Conferencia de París sobre armas químicas y el protocolo de 1925”. *Política Exterior*, 9,: 215 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. Georges Fischer (1977): “La Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement a des fins hostiles”. *Annuaire Français de Droit International*, vol. xxiii: 820-836; Sánchez Rodríguez (1988): “1977 United Nations Convention on the Prohibition of Military or any other hostile use of environment modification techniques” en Natalino Ronzitti (ed.): *The law of naval warfare. A collection of agreements and documents with commentaries*, Dordrecht: Martinus Nijhoff: 651 y ss.

<sup>23</sup> Victoria Abellán Honrubia (1992): “El derecho humanitario bélico: evolución histórica” en Cruz Roja Española: *La regulación jurídica internacional de los conflictos armados*, Barcelona: Cruz Roja de Cataluña: 70.

un objetivo militar concreto y medios cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el citado protocolo; esto es, la utilización de los medios de combate solamente pueden dirigirse contra objetivos militares (artículo 48), ya que se puede vencer al enemigo sin necesidad de atacar a la población o bienes de carácter civil: la utilización de armas de destrucción masiva, en tanto que productoras de efectos indiscriminados y atentatorias del principio de distinción, es contraria a los preceptos indicados. Como escribe Rodríguez-Villasante y Prieto “no se necesitan grandes reflexiones doctrinales para comprender la importancia del artículo 51 del Protocolo I Adicional de 1977 en cuanto arbitra un completo sistema de protección de la población civil frente a los ataques y peligros procedentes de las operaciones militares. El precepto está incluido dentro de la Sección I del Título IV del Protocolo dedicada a la protección general de la población civil contra los efectos de las hostilidades que, según J. de PREUX, representa la obra maestra de la Conferencia Diplomática de 1974-1977 y la conquista más significativa de Derecho Internacional Humanitario. Y, en la misma órbita, H-P. GASSER destaca que el artículo 51 codifica la prohibición de lanzar ataques indiscriminados”<sup>24</sup>.

Por otra parte, en relación con los métodos de combate prohibidos, la reglamentación del derecho de la guerra descansa sobre la distinción entre la estratagema, que es lícita, y la perfidia, que es ilícita, siendo esta última considerada como un método de combate prohibido. En este punto, cabe observar que mientras el artículo 23, letra b, del Reglamento anexo al cuarto Convenio de La Haya de 1907 prohíbe únicamente la traición de guerra, en tanto que actos hostiles dirigidos contra el beligerante en cuyas líneas se realizan, el artículo 37.1 del Protocolo Adicional I dispone que “queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios péfidos”<sup>25</sup>, constituyendo perfidia “los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a este que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados”. Según este precepto, son ejemplos de perfidia los actos siguientes: simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición; simular una incapacitación por heridas o enfermedad; simular el estatuto de persona civil, no combatiente; y simular que se posee un estatuto de protección mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de la ONU o de Estados que no sean partes en el conflicto.

Estos ejemplos de actos específicos constituyen el resumen de “la definición, más bien abstracta y difícil, aunque jurídicamente exacta”<sup>26</sup>, de perfidia. Así, en estos casos, “quien contraviene es engañador porque induce a error a su enemigo y, por este medio,

---

<sup>24</sup> *Op. cit.* José L. Rodríguez-Villasante y Prieto, 2002: 197.

<sup>25</sup> El apartado 2 de este precepto dispone que “no están prohibidas las estratagemas. Son estratagemas los actos que tienen por objeto inducir a error a un adversario o hacerle cometer imprudencias, pero que no infringen ninguna norma de Derecho Internacional aplicable en los conflictos armados, ni son péfidos ya que no apelan a la buena fe de un adversario con respecto a la protección prevista en ese derecho. Son ejemplos de estratagemas los actos siguientes: el camunflaje, las añagazas, las operaciones simuladas y las informaciones falsas”.

<sup>26</sup> Richard Baxter (1990): “Los deberes de los combatientes y la conducción de las hostilidades” en UNESCO: *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*, Madrid: Editorial Tecnos: 140.



puede realizar un acto hostil que no habría podido cometer si se hubiese mostrado bajo su verdadera apariencia”<sup>27</sup>.

El artículo 40 del citado cuerpo convencional, en relación a la negación de cuartel<sup>28</sup>, dispone que “queda prohibido ordenar que no haya supervivientes, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión”<sup>29</sup>. El objeto de la aplicación de la violencia contra los combatientes es su inhabilitación, de modo que no puedan tomar ya más parte en la lucha. Este objeto puede alcanzarse a través de su muerte, o hiriéndolos, o haciéndolos prisioneros<sup>30</sup>, por ello, siguiendo este planteamiento, “todo combatiente puede ser muerto o herido”. Ahora bien, el objeto señalado solamente podrá realizarse si los combatientes pueden o quieren luchar, ya que en tanto se rindan estos o no presenten resistencia, no podrán ser muertos ni heridos.

El artículo 41 del Protocolo Adicional I dispone la salvaguardia del enemigo fuera de combate en los siguientes extremos: “ninguna persona podrá ser objeto de ataque cuando se reconozca o, atendidas las circunstancias, deba reconocerse que está fuera de combate”. Entendiéndose que “está fuera de combate toda persona que: a) esté en poder de una parte adversa; b) exprese claramente su intención de rendirse; o c) esté inconsciente o incapacitada en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y sea, por consiguiente, incapaz de defenderse; y siempre que, en cualquiera de esos casos, se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse”.

El precepto glosado ofrece una concepción en sentido amplio de enemigo fuera de combate y, cabe observar, en el primer supuesto contemplado, que la persona —enemigo— se encuentra físicamente en poder de la parte contraria y, en consecuencia, se convierte de forma inmediata en prisionero de guerra a efectos de que pueda beneficiarse de dicho estatuto. En los dos restantes supuestos, puede no darse esa circunstancia y, por tanto, no estar todavía de forma efectiva en poder del adversario.

Llegados a este punto, cabe preguntarse sobre la existencia de métodos indiscriminados; esto es, puede plantearse la cuestión de si la utilización de un determinado medio de combate es indiscriminado. En relación a tal interrogante puede observarse que “la colocación de minas automáticas de contacto que no queden ancladas, prohibidas por el VIII Convenio de La Haya, es un ejemplo clásico de método indiscriminado y, por lo tanto, ilegal de utilización de un arma”<sup>31</sup>. A la vista del ejemplo transcrito, cabe la posibilidad de que la utilización de medios de combate no prohibidos devenga en ilegal como consecuencia de que el método no permita dirigir el arma contra objetivos militares concretos o produzca efectos desconocedores

<sup>27</sup> James M. Spaight: *War rights on land*, Londres: MacMillan: 87.

<sup>28</sup> Sobre este extremo cabe señalar que, durante mucho tiempo, se trató de una regla consuetudinaria de Derecho Internacional que, posteriormente, recogió el artículo 23, letra d, del Reglamento de La Haya al disponer que estaba prohibido “declarar que no se dará cuartel”.

<sup>29</sup> Lassa Oppenheim (1966): *Tratado de Derecho Internacional público*, II vol., Barcelona: J.M. Bosch, vol. I: 347-348. Este autor niega dicha figura, en primer lugar, “a los miembros de una fuerza que continúa disparando después de haber izado la bandera blanca como signo de rendición, y, en segundo lugar, a modo de represalia”.

<sup>30</sup> Cfr. *op. cit.* Lassa Oppenheim, 1966: 344.

<sup>31</sup> *Op. cit.* Hans Blix, 1990: 153.



de la norma que dispone la proporcionalidad. En otras palabras, puede darse el caso de que las partes utilicen medios de combate “permitidos” pero que dicha utilización sea contraria al derecho vigente en la materia. Por último, en relación a estos métodos indiscriminados, cabe establecer que la ilegalidad de los mismos vendrá determinada por las circunstancias concretas de la utilización del medio de combate.

## **2.2. Medios y métodos de combate destinados a causar sufrimientos innecesarios y daños superfluos**

En primer lugar, se impone una breve referencia terminológica sobre las expresiones contempladas para, posteriormente, bajar al ámbito, texto y contexto, en que se encuentran las mismas. En cuanto a la primera expresión, la voz *sufrimiento* implica “padecimiento, dolor físico o moral, más o menos duradero”<sup>32</sup>, mientras que por *innecesario* cabe entender “no necesario”<sup>33</sup>. En relación a la segunda expresión, la voz *males* implica aquel “conjunto de todas aquellas cosas que son malas porque dañan”<sup>34</sup>, esto es, que causan un perjuicio o dolor. Finalmente, la voz *superflua* se corresponde con los términos “no necesario, inútil, sobrante”<sup>35</sup>. La concurrencia de ambas voces, “males superfluos”, permite entender dicha expresión como aquellos perjuicios o dolores causados de forma no necesaria.

Tras esta breve aproximación terminológica, se deduce que la prohibición contenida en el artículo 35.2 del Protocolo Adicional I se está refiriendo a medios y métodos de combate que puedan causar perjuicios o dolores inútiles o padecimientos no necesarios. Ahora bien, el problema se plantea a la hora de establecer cómo ha de realizarse la medición de los males y sufrimientos en orden a la calificación de los mismos como *innecesarios*. En principio, atendiendo a la definición de *males* propuesta anteriormente, su medición no se presenta excesivamente dificultosa en tanto que ocasionados por un arma. Empero, más compleja es la cuestión relativa a la cuantificación de los sufrimientos, pues prácticamente es imposible definir desde una perspectiva netamente objetiva el *sufrimiento*, en tanto en cuanto que se trata de un fenómeno eminentemente subjetivo y de intensidad variable según los individuos; es decir, el sufrimiento “infligido por un arma depende de las reacciones individuales, que pueden variar mucho, por lo que es difícil, sino imposible, cuantificarlo, aunque parece evidente que algunas armas ocasionan mayor sufrimiento que otras, por ejemplo, un gas que deja inconsciente a un soldado únicamente por un breve lapso de tiempo comparado con un gas que provoque calambres y parálisis por un período prolongado”<sup>36</sup>. Así las cosas, ¿cuáles son los baremos o factores que deben tenerse

---

<sup>32</sup> Cfr. Gran Enciclopedia Larousse, 1972, s. v. *sufrimiento*.

<sup>33</sup> Cfr. *op. cit.* Gran Enciclopedia Larousse, 1972, s. v. *innecesario*.

<sup>34</sup> Cfr. *op. cit.* Gran Enciclopedia Larousse, 1972, s. v. *mal*.

<sup>35</sup> Cfr. *op. cit.* Gran Enciclopedia Larousse, 1972, s. v. *superfluo*.

<sup>36</sup> *Op. cit.* Hans Blix, 1990: 146.

presentes en el momento de cuantificar el sufrimiento en orden a su calificación como *innecesario*?

En respuesta a la cuestión planteada, los expertos y especialistas en la materia de numerosos Estados reunidos en la Conferencia de Expertos Gubernamentales sobre el empleo de ciertas armas convencionales<sup>37</sup>, celebrada en la ciudad de Lucerna los días 24 de septiembre al 18 de octubre de 1974, concluyeron que los diferentes factores a tener en cuenta eran, entre otros, los siguientes: los índices de mortalidad; el grado de dolor; la gravedad de las heridas; las lesiones; y las desfiguraciones de carácter permanente. Este breve análisis desemboca en una nueva cuestión, a saber, ¿cómo debe entenderse el término *innecesario* en el contexto del artículo 35.2?

Desde un punto de vista histórico, a la vista de los medios de combate utilizados por el hombre durante las guerras, quizá sea suficiente con indicar que el término *innecesario* está en íntima conexión con aquellas armas que, además de poner fuera de combate al adversario, ocasionan unos efectos adicionales que agravan la lesión de una forma inútil<sup>38</sup>, esto es, el término *innecesario* supone la inutilidad de las heridas para la consecución de un objetivo militar definido<sup>39</sup>. En relación con lo afirmado, el artículo 36 dispone que “cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de Derecho Internacional aplicable a esa Alta Parte contratante”. Según el precepto transcrito, corresponde a los Estados el deber de establecer, mediante procedimientos especiales de análisis, si los medios o métodos de combate que estudia, desarrolla, adquiere o adopta son legales, en tanto que no están prohibidas por el articulado del protocolo o por cualquier otra disposición de Derecho Internacional en la materia<sup>40</sup>. El citado precepto se presenta como un intento para que el derecho convencional en la materia no quede rezagado en relación a los rápidos avances en el campo de la tecnología militar.

En fin, la determinación de qué medios de combate ocasionan sufrimientos innecesarios y, por tanto, son ilegales, solamente podrá darse teniendo en cuenta la práctica de los Estados en la limitación del uso de un arma concreta que, a su juicio, pueda producir dicho efecto. En todo caso, la posible legalidad o ilegalidad de un medio de combate vendrá dada por la evaluación realizada sobre “su capacidad para dejar fuera de combate, el impacto probable, el peso, el costo, el grado de la lesión,

---

<sup>37</sup> CICR (1975): “Conferencia de Expertos Gubernamentales sobre el empleo de ciertas armas convencionales”, Ginebra: 8-9.

<sup>38</sup> A modo de ejemplo, piensese en los lanzallamas (*flammenwerfer*), utilizados por primera vez por el Ejército alemán durante la Gran Guerra (Verdún, 1916), consistentes en un arma portátil, de alcance relativamente débil (25 a 40 m), que proyecta sobre el enemigo líquidos inflamables.

<sup>39</sup> Cfr. Michael Akehurst (1987): *Introducción al Derecho Internacional*, Madrid: Alianza Editorial: 324. Cabe destacar que: “La expresión “sufrimientos innecesarios” hacía alusión a la producción de daños sin obtener ventaja militar, u obteniendo una ventaja muy pequeña en proporción a los daños ocasionados”.

<sup>40</sup> Sobre esta materia, cfr. Suissa (ed.) (1978): *Actas de la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional humanitario aplicable en los conflictos armados Ginebra, 1974-1977*, xvii vols., Berna: Departamento Político Federal.

el sufrimiento y el poder mortífero”, así como “sus ventajas e inconvenientes desde un punto de vista humanitario y militar” en relación con otro medio de combate que pueda reemplazarlo<sup>41</sup>. La idea básica que preside los artículos contemplados, así como las leyes de guerra en general, es la de evitar que se ocasionen daños o sufrimientos innecesarios e irreparables durante los conflictos armados y, de ahí, que se prohíban determinados medios y métodos de combate.

### 2.3. Los medios y métodos de combate destinados a dañar el medio ambiente

En nuestros días, sin la menor duda, la preocupación por los problemas que conlleva la protección del medio ambiente es uno de los grandes temas presentes en el ámbito de la vida sociopolítica de cualquier Estado<sup>42</sup>. Esta preocupación es resultado de la constatación por parte del hombre de que los recursos naturales no son ilimitados, por un lado, y por la degradación ambiental provocada por las nuevas tecnologías a nivel industrial, por otro. Por ello, no son de extrañar las numerosas manifestaciones y movimientos en favor de una política ambiental que permita disfrutar sin malgastar los recursos naturales. Esta preocupación alcanza las máximas cotas en relación a un problema particular de la protección del medio ambiente; esto es, las actividades militares y su innegable repercusión negativa en el hábitat humano. La repercusión de las actividades militares sobre el medio ambiente puede venir contemplada desde una doble perspectiva<sup>43</sup>, a saber: la utilización en los conflictos armados de medios y métodos de combate que de forma directa o indirecta tienen efectos negativos sobre el medio ambiente; la carrera armamentística.

En relación a los medios y métodos de combate utilizados durante los conflictos armados, cabe decir que estos desencadenan una serie de efectos negativos sobre el medio ambiente. Estos efectos pueden venir determinados por la utilización de armas —o métodos— que de forma específica están pensadas para destruir el entorno ambiental (efectos directos) o por armas que de manera indirecta o refleja causan daños ambientales (efectos indirectos). La utilización de determinados medios y métodos de combate está directamente vinculada con el deterioro del medio ambiente; así, el armamento usado durante la primera y la segunda guerra mundial, junto con el de los conflictos armados posteriores, han afectado directamente la estabilidad del medio

---

<sup>41</sup> *Op. cit.* Hans Blix, 1990: 147.

<sup>42</sup> “Las cuestiones relativas a la protección del medio ambiente han sido también abordadas en el marco más específico del *Derecho Internacional de los derechos humanos*. En este contexto, se admite actualmente que no puede lograrse el desarrollo y la plenitud del ser humano —que son los objetivos fundamentales de los derechos humanos— si el medio ambiente sufre graves daños. Así pues, el *derecho a un medio ambiente sano* se considera cada vez más como un elemento fundamental de los derechos humanos. Ese derecho está expresamente estipulado en tratados internacionales, en textos no convencionales y en las constituciones de muchos Estados”. Al respecto de esto, cfr. Michelle Schwartz (1991): *Preliminary report on legal and institutional aspects of the relationship between human rights and the environment*, Ginebra: Natural Heritage Institute: 4 y ss.

<sup>43</sup> Mercedes de Sola (1984): “Protección del medio ambiente y guerra ecológica” en AEPDIRI: *Problemas internacionales del medio ambiente*, Bellaterra (Barcelona): Universidad Autónoma de Barcelona: 237 y ss.

ambiente, alterando el equilibrio de los ecosistemas. Especial mención merece la guerra de Vietnam ya que durante la misma el medio ambiente fue seleccionado como objetivo de sistemática destrucción y, en este sentido, se utilizaron medios y métodos de combate encaminados a quebrar la relación entre el hombre y la naturaleza. La selección del medio ambiente como objetivo militar tenía por finalidad aislar al enemigo y, para ello, se utilizaron de forma sistemática e indiscriminada herbicidas, napalm, etc., que causaron alteraciones en los factores abióticos (climáticos, edáficos e hidrográficos).

Los medios y métodos de combate utilizados durante los diferentes conflictos armados pueden modificar el medio ambiente. Desde el punto de vista estratégico, el hombre puede llevar a cabo alteraciones de la atmósfera, de los océanos y de las masas continentales en orden a la privación de cobertura y apoyo de las fuerzas enemigas. Así, a modo de ejemplo, cabe citar la posibilidad de crear nubes, lluvia artificial, campos electromagnéticos, maremotos, aludes, corrimientos de tierras, huracanes, etc.; posibilidades que un día pudieran convertir la ciencia ficción en amarga realidad. Dicho de otro modo, los daños contra el medio ambiente pueden venir ocasionados por la guerra geofísica<sup>44</sup> o manipulación deliberada de los procesos naturales, que puede provocar los fenómenos enunciados.

En relación con lo hasta ahora afirmado debe indicarse que, en primer lugar, los potenciales riesgos ambientales derivados de las actividades militares vienen dados por los ensayos nucleares<sup>45</sup>, los consiguientes depósitos de residuos radiactivos, la proliferación de armas nucleares u otras de destrucción masiva<sup>46</sup>, la destrucción de los arsenales de armas anticuadas, etc. Todas estas actividades implican un elevado riesgo, cuando no transgresiones en la conservación del hábitat humano. En fin, la progresiva protección jurídica del medio ambiente —tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra— se presenta como uno de los grandes logros del Derecho Internacional. En concreto, actualmente en la esfera del Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados se ha establecido el denominado criterio ecológico en orden a la protección del medio ambiente.

El Protocolo de Ginebra, de 17 de junio de 1925 (en vigor desde el 8 de febrero de 1928), según la Resolución 2603 (XXIV), de fecha 16 de diciembre de 1969, de la AG<sup>47</sup>, que ha adquirido rango consuetudinario según la doctrina mayoritaria, declaró contrarias a las disposiciones de Derecho Internacional el empleo de todo elemento químico —

---

<sup>44</sup> Sobre esta materia pueden consultarse los comentarios de Alexandre Kiss (1984): “Les Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève de 1977 et la protection de biens de l’environnement” en Jean Pictet y Christophe Swinarski: *Etudes et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge*, Ginebra-La Haya: Cicr-Martinus Nijhoff: 187.

<sup>45</sup> A modo de ejemplo, cabe citar la prohibición de las prácticas de pruebas nucleares en la atmósfera dispuesta en el Tratado de Moscú, de fecha de 5 de agosto de 1963.

<sup>46</sup> Sobre este extremo cabe citar la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas y tóxicas y sobre su destrucción recogida en el anexo a la Resolución 2826 (XXVI) de la AG, de 16 de diciembre de 1971.

<sup>47</sup> Cfr. Documento A/9215: “Respecto de los derechos humanos en los conflictos armados. Normas de Derecho Internacional existentes sobre la prohibición o restricción del uso de determinadas armas. Estudio preparado por Secretaría”, vol. I.

sustancias químicas sólidas, líquidas o gaseosas— de guerra cuyos efectos tóxicos puedan utilizarse de forma directa contra las personas, los animales y las plantas y todo elemento biológico que produzca enfermedades o muerte en las personas, animales o plantas.

Las contiendas armadas tienen, por lo general, un resultado dañoso para el medio ambiente, pues los campos, bosques, etc. son devastados. En ocasiones, cuando se pretende destruir un determinado objetivo militar enemigo estos desastres son inevitables, pero cosa distinta es cuando con tal acción se pretende ocasionar un daño medioambiental (el medio como objetivo de la acción armada). La Convención, de 10 de diciembre de 1976, sobre la prohibición del empleo de técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles<sup>48</sup> ha venido a impedir el uso indiscriminado e intencionado de métodos no convencionales que ocasionen daños medioambientales, esto es, dispone la prohibición de técnicas de guerra ecológica. Tal prohibición solamente será efectiva cuando concurren los requisitos establecidos en sus artículos 1 y 2. Así, los Estados parte se comprometen a la no utilización de técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos graves, duraderos y extensos. Estos términos, según consta en el documento CCD/PV.691, serán interpretados a efectos de la convención como sigue: que entrañan un grave e importante perjuicio o perturbación para la vida humana, los recursos naturales y económicos y otros aspectos del patrimonio (grave); que tienen un período de duración de meses o, aproximadamente, una estación del año (duración); y, por último, que abarcan una región de varios centenares de kilómetros cuadrados (extensos). No obstante, esta interpretación, a pesar estar formulada en un documento de la conferencia, no fue recogida en el texto final de la convención.

En segundo lugar, debe tratarse de técnicas cuya finalidad consista en alterar, mediante una manipulación voluntaria —deliberada— de los procesos naturales, la dinámica, composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera, su atmósfera o el espacio ultraterrestre.

En tercer lugar, la convención, a tenor del apartado 1 del artículo 3, no impide “la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos, ni contravendrán los principios generalmente reconocidos y las normas aplicables del Derecho Internacional relativas a esa utilización”. Asimismo, el apartado 2 del precepto glosado dispone que:

los Estados parte se comprometen a facilitar el intercambio más amplio posible de información científica y tecnológica sobre la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos, y tienen derecho a participar en ese intercambio. Los Estados parte que puedan hacerlo contribuirán, individual o conjuntamente con otros Estados u organizaciones internacionales, a la cooperación económica y científica internacional en la preservación, mejora y utilización del medio ambiente con fines pacíficos, teniendo debidamente en cuenta las necesidades de las regiones en desarrollo del mundo.

---

<sup>48</sup> Cfr. *op. cit.* Georges Fischer, 1977. Sobre la relación entre la Convención de 1976 y el Protocolo Adicional I, cfr. Juan C. González Barral (2002): “La protección del medio ambiente en el Derecho Internacional humanitario” en José L. Rodríguez-Villasante y Prieto (2002): *Derecho Internacional humanitario*, Valencia: Tirant lo Blanch: 256-257.

En fin, la convención viene referida a la manipulación deliberada de los procesos naturales (terremotos, maremotos, perturbación del equilibrio ecológico de una región, modificación de las pautas del clima —nubosidad, precipitaciones, ciclones de diversos tipos y tormentas huracanadas—, modificaciones de las corrientes oceánicas, modificaciones del estado de la capa de ozono y modificación del estado de la biosfera) con la finalidad de alterar la composición o estructura del planeta o del espacio exterior (ultraterrestre). En consecuencia, la convención no afectará a los efectos que sobre el medio ambiente causen otros medios de combate clásicos u armas de destrucción masiva.

El Protocolo Adicional <sup>49</sup> dispone que “en todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado” (artículo 35.1), prohibiendo “el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural” (artículo 35.3). Tras esta prohibición, el artículo 55 dispone la protección del medio ambiente: “en la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población”<sup>50</sup>. Este último precepto prohíbe los métodos y medios de guerra que ocasionen daños a la salud o a la supervivencia de la población. El término *salud*, en relación con el término *supervivencia*, debe entenderse en sentido amplio, pues con el se pretende indicar las acciones de las cuales cabe esperar efectos muy graves (por ejemplo, la aparición de defectos congénitos). Asimismo, al término *población* no le sigue el adjetivo *civil*, lo que obedece al hecho de que la supervivencia es predicable de toda persona, con independencia de su condición de combatiente.

A la vista de los preceptos glosados se llevan a término las siguientes observaciones, a saber: el artículo 35.3 contiene una norma básica de carácter general, relativa a los métodos y medios de combate, que tutela *per se* el medio ambiente; y el artículo 55 tutela el medio ambiente en tanto que indispensable para la supervivencia de las personas. En otras palabras, los artículos anteriormente transcritos tienen como principal objetivo el impedir el empleo de métodos y medios que afecten al medio ambiente, incluyéndose tanto los métodos y medios encaminados de forma directa —premeditada— a causar daños ambientales, como los métodos y medios “de los que sea previsible” que provoquen tales daños. A la luz de los citados preceptos, cabe considerar que la condena recae sobre todos los métodos y medios que ocasionen daños al medio ambiente, incluso aquellos que sean fruto de ataques contra objetivos militares<sup>51</sup>.

El límite de los daños radica en que sean “extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”. Por lógica, los daños producidos serán graves cuando sean extensos

---

<sup>49</sup> Cfr. *op. cit.* Alexandre Kiss, 1984.

<sup>50</sup> El párrafo 2 de este precepto prohíbe de forma expresa los ataques contra el medio ambiente a modo de represalias.

<sup>51</sup> *Op. cit.* Hans Blix, 1990: 157.



y duraderos, esto es, la gravedad del daño resulta de la concurrencia de los criterios de extensión y duración. Respecto a la evaluación de estos dos últimos criterios no existe una opinión uniforme como consecuencia de la dificultad que entraña su medición<sup>52</sup>. En opinión doctrinal generalizada, la extensión del daño vendrá determinada por la base de las circunstancias del caso concreto (en qué tipo de ecosistema se ha producido el daño). La intensidad y alcance del daño producido variará en función del lugar donde se ha producido. Por lo que respecta a la duración del daño, cabe advertir que es imposible establecer un período mínimo y, por ello, la regla general consiste en tener presente si el daño producido compromete o no tanto la supervivencia, como la salud de la población a largo plazo.

### III. Las conductas constitutivas de infracciones muy graves

El artículo 611 del Código Penal tipifica como punibles una serie de conductas calificables de *violaciones muy graves* con lo que respecta al Derecho Internacional humanitario. Además, el citado precepto prevé el concurso de delitos para todos sus supuestos, pues recoge específicamente en su inciso final “sin perjuicio de la pena que corresponda por los daños producidos”.

#### 1. La protección general de la población civil

El artículo 611 del Código Penal reza: “Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: 1. Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla”<sup>53</sup>.

La población civil y las personas civiles deben gozar de una protección<sup>54</sup> general contra los peligros procedentes de operaciones militares (artículo 51.1 del Protocolo

---

<sup>52</sup> Sobre esta cuestión, cfr. *op. cit.* Juan C. González Barral, 2002: 258 y ss.

<sup>53</sup> El artículo 8.2, letra a, del Estatuto de la CPI tipifica: el dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades.

<sup>54</sup> Erik Castrén (1955): “La protection juridique de la population civile dans la guerre moderne”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. LIX, 1: 121 y ss.; Erik Castrén (1968): “Necessite et possibilité de la protection juridique de la population civile dans la guerre moderne” en Antonio Luna: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje a D. Antonio de Luna*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas: 496 y ss.; Henri Coursier (1958): “La protección de las poblaciones civiles en tiempo de guerra” en *Guerra moderna*, Zaragoza: vol. v: 431 y ss.; Obradovic (1977): “La protection de la population civile dans les conflits armés internationaux”. *Revue Belge de Droit International*, vol. XII, 1: 16 y ss.; Omozurike (1990): “La protección de las víctimas de los conflictos armados: la población civil” en UNESCO: *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*, Madrid: Editorial Tecnos: 190 y ss.; Luis Orcasitas Llorente (1951): “La protección a las poblaciones civiles en las Convenciones de Ginebra de 1949”. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. III, 1: 143 y ss.; José A. Pastor Ridruejo (1959): *La protección de la población civil en tiempo de guerra*, Zaragoza: Universidad de Zaragoza; Jean Pictet (1973): *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, Leyden (Ginebra): Henry Dunant Institute-Sijthoff International Publishing.



Adicional 1). En este contexto, quedan prohibidos los ataques indiscriminados contra la población civil y los actos o amenazas para aterrorizar a la población civil. Como especifica el artículo 85.3 del Protocolo Adicional 1, estos actos cuando sean cometidos de forma intencionada y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud se considerarán infracciones graves.

### **1.1. Los ataques indiscriminados o excesivos contra la población civil**

El artículo 51.4 del Protocolo Adicional 1 dispone la prohibición de los ataques indiscriminados, entendiendo por tales aquellos que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido en el protocolo; y que, en consecuencia, en cualesquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares, y a personas civiles o a bienes de carácter civil.

Asimismo, según el apartado 5, se considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataque: los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil; y los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que se consideren excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista (principio de la proporcionalidad).

En definitiva, los ataques indiscriminados son los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; los que emplean medios o métodos de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto o cuyos efectos no sea posible de limitar conforme al Protocolo Adicional 1 (artículo 51.4) y, en consecuencia, dichos ataques pueden alcanzar indistintamente tanto objetivos militares como personas y bienes civiles, vulnerando el principio de distinción plasmado en el artículo 48, del siguiente modo: “a fin de garantizar el respeto y la protección civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

Por lo que respecta a los denominados *ataques excesivos* cabe observar que son contrarios al principio de proporcionalidad recogido en el artículo 57.2 del Protocolo Adicional 1. En atención a este principio, quienes preparen o decidan un ataque deberán: a) tomar todas las precauciones factibles para evitar o reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que incidentalmente pudieran causar entre la población civil, así como los daños a los bienes civiles y b) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes civiles, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

Seguidamente, el apartado 3 de este artículo estipula que cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligros para las personas y bienes civiles.

## **1.2. Los actos, represalias o amenazas para aterrorizar a la población civil**

El artículo 51.2 del Protocolo Adicional I establece que, en tanto que método de combate, quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Así, como ejemplo, “los bombardeos aéreos se realizan persiguiendo no solamente objetivos militares, muchas veces logrados, sino atacando deliberadamente poblaciones civiles con la convicción o esperanza de que los bombardeos pueden ejercer sobre la población tal sentimiento de terror que se logrará un rápido fin de la guerra, con la victoria de quien logra mejor utilizar esos métodos”<sup>55</sup>. En cuanto a las represalias, estas son medidas ilícitas a las que una parte en conflicto recurre para responder a actos ilícitos perpetrados por el adversario y, de esta forma, ponerles fin. Estas medidas están prohibidas contra las personas protegidas por los Convenios de Ginebra y por el Protocolo Adicional I. Los ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles, los heridos, enfermos y náufragos están expresamente prohibidos por el artículo 33 del cuarto convenio, así como los artículos 20 y 51.6 del Protocolo Adicional I.

## **2. La destrucción o el daño a buques o aeronaves no militares**

Según el artículo 611 del Código Penal, “Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] 2. Destruya o dañe, violando las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, buque o aeronave no militares de una Parte adversa o neutral, innecesariamente y sin dar tiempo o sin adoptar las medidas necesarias para proveer a la seguridad de las personas y a la conservación de la documentación de a bordo”<sup>56</sup>.

El origen de este tipo se encuentra en la regla consuetudinaria propia de la guerra naval que estipula que todo buque no militar, salvo si opone resistencia, no puede ser objeto de ataque; pues los Convenios de Ginebra y sus protocolos no contienen tipificación alguna al respecto. El artículo 29 de la Convención sobre el derecho del

---

<sup>55</sup> Miguel A. Marín Luna (1940): *La población civil y los bombardeos aéreos ante el derecho y la opinión internacional*, México: Jus: 387.

<sup>56</sup> El presente precepto tienen relación con el artículo 71 del Código Penal Militar: “El militar que, violando las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España relativos a la navegación en tiempos de guerra, destruyere innecesariamente un buque no beligerante, enemigo o neutral, sin dar tiempo suficiente para poner a salvo la tripulación y pasaje, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión”.

mar de 1982 estipula que se considera buque de guerra “todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares”. Asimismo, los artículos 31 y 32 de la referida convención contemplan, junto a estos buques, otros buques de Estado destinados a fines no comerciales (por ejemplo, aduana o policía). En este contexto, un buque no militar será aquel que no sea de guerra o de Estado destinado a otros fines no comerciales, sino utilizado para servicios privados y comerciales (buques mercantes)<sup>57</sup>.

El artículo 3 del Convenio, de 7 de diciembre de 1944, sobre aviación civil internacional, establece la distinción entre aeronaves civiles y aeronaves del Estado, entendiéndose por estas últimas “las utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía”<sup>58</sup>. Asimismo, los Estados parte se comprometen “en no emplear la aviación civil para propósitos incompatibles con los fines del presente Convenio” (artículo 4). Por consiguiente, a *contrario sensu*, una aeronave civil será aquella que no sea utilizada en los referidos servicios, sino en servicios privados y comerciales.

La nacionalidad del buque no militar vendrá determinada por el pabellón del Estado bajo el cual naveguen (artículo 92 de la Convención sobre derecho del mar de 1982), y la de las aeronaves por el Estado en el que estén matriculadas (artículo 17 del Convenio sobre aviación civil internacional de 1944).

La neutralidad es la condición jurídica del Estado que no participa en un conflicto armado determinado (Convenciones de La Haya de 1907 relativas a los derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en la guerra terrestre y a los derechos y deberes de las potencias neutrales en la guerra naval).

### 3. El trato a las personas protegidas en poder de una parte en conflicto

El Código Penal expone, en su artículo 611 que: “Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] 3. Obligue a un prisionero de guerra o persona civil a servir, en cualquier forma, en las Fuerzas armadas de la Parte adversa o les prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente”<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Sobre esta cuestión, cfr. Manuel Pérez González: “Observaciones en torno al nuevo derecho del mar en relación con los conflictos armados internacionales”. *Revista Española de Derecho Militar*, 55: 23 y 34.

<sup>58</sup> Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero de 1947 y de 29 de diciembre de 1969. En conformidad con el artículo 11 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea, se define como aeronave “toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que este y tenga o no órganos motopropulsores” (Boletín Oficial del Estado de 23 de julio de 1960).

<sup>59</sup> Por un lado, el presente precepto penal está en concordancia con el artículo 77.5 del Código Penal Militar que dispone que: “Será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión el militar que: obligare a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, los injuriare gravemente, no les procurare el

La protección general de los prisioneros de guerra gira en torno a la no consideración del prisionero como responsable de la guerra; esto es, al combatiente capturado no se le puede imputar ni la guerra en sí misma ni su desarrollo, ya que el cautiverio tiene por único objeto el evitar que el combatiente pueda participar nuevamente en las hostilidades. En consecuencia, el cautiverio no reviste un carácter punitivo ni infamante<sup>60</sup>, sino que debe ser entendido como una medida de precaución. Los artículos 50, 52 y 55 del tercer convenio<sup>61</sup>, y 40 y 51 del cuarto convenio<sup>62</sup> desarrollan

---

alimento indispensable, a la asistencia médica necesaria o les privare de su derecho a ser juzgados regular o imparcialmente". Por otro lado, el artículo 8.2, letra a, del Estatuto de la CPI tipifica: el hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otras personas protegidas a servir en las fuerzas de una potencia enemiga; el hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente.

<sup>60</sup> Cfr. Erik Castrén (1954): *The present law of war and neutrality*, Helsinki: Suomalainen Tiedeakatemia: 160.

<sup>61</sup> Artículo 50: "Aparte de los trabajos relacionados con la administración, el acondicionamiento o la conservación de su campamento, los prisioneros de guerra no podrán ser obligados a trabajos que no sean de las categorías a continuación enumeradas: a) agricultura; b) industrias productoras, extractoras o manufactureras, exceptuadas las industrias metalúrgicas, mecánicas y químicas, las obras públicas y las edificaciones de índole militar o cuya finalidad sea militar; c) transportes y manutención cuyas índole y finalidad no sean militares; d) actividades comerciales o artísticas; e) servicios domésticos; f) servicios públicos cuyas índole y finalidad no sean militares. En caso de violación de estas prescripciones, se autorizará que los prisioneros de guerra ejerzan su derecho de queja de conformidad con el artículo 78". Artículo 52: "Si no es por propia voluntad, ningún prisionero de guerra podrá ser empleado en faenas insalubres o peligrosas. A ningún prisionero de guerra se asignarán trabajos que pueda considerarse que son humillantes para un miembro de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora. La recogida de minas o de dispositivos análogos se considerará que es un trabajo peligroso". Artículo 55: "La aptitud de los prisioneros de guerra para el trabajo será controlada periódicamente mediante exámenes médicos, por lo menos una vez al mes. En estos exámenes habrá de tenerse particularmente en cuenta la naturaleza de los trabajos que deban realizar. Si un prisionero de guerra se considera incapaz de trabajar, está autorizado a presentarse ante las autoridades médicas de su campamento; los médicos podrán recomendar que se exima del trabajo a los prisioneros que, en su opinión, son ineptos para la faena".

<sup>62</sup> Artículo 40: "No se podrá obligar a trabajar a las personas protegidas más que en las mismas condiciones que los súbditos de la Parte en conflicto en cuyo territorio estén. Si las personas protegidas son de nacionalidad enemiga, no se las podrá obligar a realizar más que trabajos que sean normalmente necesarios para garantizar la alimentación, el alojamiento, la ropa, el transporte y la salud de seres humanos, y que no tengan relación alguna directa con la conducción de las operaciones militares. En los casos mencionados en los párrafos anteriores, las personas protegidas obligadas a trabajar se beneficiarán de las mismas condiciones de trabajo y de las mismas medidas de protección que los trabajadores nacionales, especialmente por lo que respecta a salarios, a duración del trabajo, a equipo, a formación previa y a indemnización por accidentes de trabajo y por enfermedades profesionales. En caso de violación de las prescripciones arriba mencionadas, las personas protegidas estarán autorizadas a ejercer su derecho de reclamación, de conformidad con el artículo 30". Artículo 51: "La Potencia ocupante no podrá forzar a las personas protegidas a servir en sus fuerzas armadas o auxiliares. Se prohíbe toda presión o propaganda tendente a conseguir alistamientos voluntarios. No se podrá obligar a trabajar a las personas protegidas, a no ser que tengan más de dieciocho años; solo podrá tratarse, sin embargo, de trabajos que requieran las necesidades del ejército de ocupación o los servicios de interés público, la alimentación, el alojamiento, la vestimenta, el transporte o la salud de la población del país ocupado. No se podrá obligar a que las personas protegidas realicen trabajos que las hagan tomar parte en las operaciones militares. La Potencia ocupante no podrá obligar a las personas protegidas a garantizar por la fuerza la seguridad de las instalaciones donde lleven a cabo un trabajo impuesto. El trabajo solo se hará en el interior del territorio ocupado donde estén las personas de que se trata. Cada persona a quien se haya impuesto un trabajo seguirá residiendo, en la medida de lo posible, en el lugar de su trabajo habitual. El trabajo deberá ser equitativamente remunerado y proporcionado a las capacidades físicas e intelectuales de los trabajadores. Será aplicable, a las personas protegidas sometidas a los trabajos de los que se trata en el presente artículo, la legislación vigente en el país ocupado por lo que atañe a las condiciones de trabajo

el contenido del artículo 44 del Reglamento<sup>63</sup> anexo a las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907. Y, en particular, los artículos 130 del tercer convenio, y 147 del cuarto convenio estipulan, respectivamente, como infracción grave el hecho de forzar a un cautivo o persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga.

Los artículos 71 a 75 del cuarto convenio y el artículo 75.4 del Protocolo Adicional I disponen las garantías fundamentales judiciales de las personas en poder de una parte en conflicto. Asimismo, el artículo 85.4, letra e, de este último texto normativo califica como *infracción grave* el hecho de privar a una persona protegida de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente. Así, todo acusado tendrá derecho a defensa, juicio imparcial y recursos. En el tercer convenio se establece que los prisioneros de guerra deben ser juzgados por tribunales militares independientes e imparciales y que garanticen a los prisioneros los derechos y medios de defensa previstos en el convenio (artículos 84, 99 y 105). Además, toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser escuchada públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 14 del PIDCP).

En conformidad con el tercer convenio, ningún prisionero podrá ser enjuiciado o condenado por un acto que no se encuentre tipificado por la legislación de la potencia en cuyo poder se encuentre o por las disposiciones del Derecho Internacional humanitario vigente en el momento de la comisión de dicho acto (artículo 99), ni condenado a otras penas que las prescritas para los mismos actos respecto a los individuos de las fuerzas armadas de dicha potencia (artículo 87). Finalmente, una sentencia solo tendrá validez contra un prisionero de guerra cuando haya sido dictada por los mismo tribunales y siguiendo el mismo procedimiento que con respecto a las personas pertenecientes a las fuerzas armadas de la potencia detenedora y si, además, se han cumplido las disposiciones contenidas en el capítulo III (sanciones penales y disciplinarias) del tercer convenio (artículo 102).

#### **4. La deportación, el traslado forzoso, la toma de rehenes y la detención ilegal**

Artículo 611 del Código Penal: “Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] 4. Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga ilegalmente a cualquier persona protegida”<sup>64</sup>.

---

y a las medidas de protección, especialmente en cuanto al salario, a la duración del trabajo, al equipo, a la formación previa y a las indemnizaciones por accidentes de trabajo y por enfermedades profesionales. En todo caso, las requisas de mano de obra nunca podrán implicar una movilización de trabajadores bajo régimen militar o paramilitar”.

<sup>63</sup> “Queda prohibido obligar a los habitantes de un territorio ocupado a tomar parte en las operaciones militares contra su propio país.”

<sup>64</sup> El presente precepto penal tiene concordancia con el artículo 77.6 del Código Penal Militar: “Será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión el militar que: cometiere contra las personas civiles de un país con el que España está en guerra, deportaciones y traslados ilegales, detenciones ilegítimas, toma de

El artículo 49 del cuarto convenio establece que, fuere cual fuere el motivo, los traslados en masa o individuales de carácter forzoso y las deportaciones de personas protegidas fuera del territorio ocupado en el ámbito de la potencia ocupante o al de cualquier otro Estado, se halle o no ocupado, quedan prohibidos. Solamente se podrá proceder a la evacuación total o parcial de una determinada región si así lo exigiesen la seguridad de la población o imperiosas necesidades militares, pero, en todo caso, la población evacuada deberá ser devuelta a sus hogares tan pronto como hayan terminado las operaciones militares en ese sector (artículo 49 del cuarto convenio). Por su parte, el artículo 85.4, letra a, del Protocolo Adicional I califica de *infracción grave* la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio.

La letra b del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y, en particular, el artículo 34 del cuarto convenio establecen, en todo tiempo y lugar, la prohibición de toma de rehenes (persona protegida que permanece en poder de la parte beligerante contraria como garantía a la espera de que se cumpla la condición impuesta). Las detenciones ilegales de personas protegidas están prohibidas en todo caso, si bien bajo determinadas circunstancias puede llevarse a término una detención preventiva (artículos 34, 41, 42, 43, 68, 78, 79 y 147 del cuarto convenio). La toma de rehenes y la detención ilegal son constitutivas de una infracción grave.

## **5. El traslado por la potencia ocupante de parte de su población al territorio ocupado**

Haciendo referencia, de nuevo, al artículo 611 del Código Penal, conviene destacar lo siguiente: “Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] 5. Traslade y asiente en territorio ocupado a población de la Parte ocupante, para que resida en él de modo permanente”<sup>65</sup>.

El artículo 85.4, letra a, del Protocolo Adicional I contempla el traslado por la potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa. En tanto que, desde un punto de vista humanitario, la transferencia de población a un territorio ocupado puede tener graves efectos para la población originaria, el traslado y asentamiento por la potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa es una infracción grave (artículo 85.4, letra a, del Protocolo Adicional I).

Ahora bien, en atención al artículo 611.5 del Código Penal, el asentamiento debe ser “de modo permanente” y, por consiguiente, esta referencia implica que los traslados y asentamientos provisionales quedan al margen de la conducta tipificada.

---

rehenes, coacciones para servir en las fuerzas armadas enemigas o les privara de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente”. Además, el artículo 8.2, letra a, del Estatuto de la CPI tipifica: la deportación o el traslado ilegal, o el confinamiento ilegal; la toma de rehenes.

<sup>65</sup> El artículo 8.2, letra b, del Estatuto de la CPI tipifica: el traslado, directa o indirectamente, por la potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio.



## 6. La segregación racial y las prácticas inhumanas y degradantes

Atendiendo al artículo 611 del Código Penal: “Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] 6. Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal”.

El artículo 3.1 común a los Convenios de Ginebra establece que quedan prohibidos, en todo tiempo y lugar, respecto a las personas protegidas, los atentados a la dignidad personal y, en especial, los tratos humillantes y degradantes. Por tanto, las personas protegidas deberán ser tratadas con humanidad en todas circunstancias y, además, se prohíbe todo tipo de distinciones de carácter desfavorable por motivos de raza, color, idioma, etc. (por ejemplo, se hace referencia a esto en el artículo 16 del tercer convenio). El artículo 75 del Protocolo Adicional I dispone que las personas protegidas se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en dicho artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, etc. En este contexto, el citado precepto prohíbe los atentados contra la dignidad personal, en especial, el trato humillante y degradante (deshonroso o envilecedor), la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor. Por su parte, el artículo 85.4, letra c, señala que se considerarán infracciones graves las prácticas del *apartheid* y demás prácticas inhumanas (cruelles o brutales), basadas en la discriminación racial, o que entrañen un ultraje contra la dignidad personal. Y en el tercer convenio se contempla el respeto a la persona y al honor (artículo 14.1), la protección contra la curiosidad pública (artículo 13.2), así como la prohibición de los tratos humillantes y degradantes (artículo 3.1, letra c), los trabajos humillantes (artículo 52) y los insultos (artículo 13).

Al margen de lo explicado, a título de ejemplo, en la esfera de los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>66</sup> la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama que toda persona dispone de la totalidad de los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (artículo 2.1), y que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 5).

## 7. Los obstáculos a la liberación o repatriación

Para concluir con el artículo 611 del Código Penal se reproducirá el siguiente extracto del mismo: “Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] 7. Impida o demore, injustificadamente, la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles”.

---

<sup>66</sup> Al respecto el artículo 2 de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* de 30 de noviembre de 1973.



Los artículos 109, 110.1, 118 y 119 del tercer convenio, y 35, 132, 133 y 134 del cuarto convenio disponen que, una vez finalizadas las hostilidades, los prisioneros de guerra y las personas internadas serán liberados y repatriados<sup>67</sup> sin demora. El retraso injustificado en la repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles es una infracción grave (artículo 85.4, letra b, del protocolo i). Atendiendo a los preceptos señalados, cabe advertir que, mientras los prisioneros de guerra deben ser puestos en libertad y repatriados, excepto en los supuestos de sustanciación de procesos penales o ejecución de condena, las personas civiles tienen derecho a abandonar el territorio enemigo.

#### **IV. Las conductas constitutivas de infracciones**

El artículo 612 del Código Penal incrimina una serie de conductas delictivas sobre diferentes bienes jurídicos de carácter heterogéneo, esto es, “conductas entre las que no existe otro nexo común de identidad que el de la pena con que puedan, en su caso, ser castigadas”<sup>68</sup> y, por ello, este precepto ha sido calificado de *cajón de sastre*<sup>69</sup>. Asimismo, el citado precepto prevé el concurso de delitos para todos los supuestos contemplados en el mismo, pues recoge específicamente en su inciso final “sin perjuicio de la pena que corresponda por los daños producidos”.

##### **1. Las unidades y medios de transporte sanitarios y lugares especialmente protegidos**

Según el artículo 612 del Código Penal, “Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: 1. Viole a sabiendas la protección debida a unidades sanitarias y medios de transporte sanitarios, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas o lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados”<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> El anexo I del Tercer Convenio de Ginebra (letra a), de conformidad con el artículo 110, contempla el acuerdo modelo relativo a la repatriación directa y a la hospitalización en país neutral de los prisioneros de guerra, heridos y enfermos.

<sup>68</sup> Manuel Pérez González *et al.* (1991): “Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los protocolos de 1977 adicionales a los convenios de Ginebra de 1949”. *Revista Española de Derecho Militar*, 56-57: 741.

<sup>69</sup> Cfr. Manuel Pérez González y Montserrat Abad Castelos: “Los delitos contra la comunidad internacional en el Código Penal español”. *Anuario da Facultade de Dereito de la Universidad de La Coruña*, vol. III: 463.

<sup>70</sup> El precepto penal glosado, si bien tipifica un mayor número de conductas, es concordante con el artículo 77.3 del Código Penal Militar: “Será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión el militar que: violara a sabiendas la protección debida a establecimientos, formaciones móviles, medios de transporte y material sanitarios, campos de prisioneros de guerra, zonas de refugio para poblaciones civiles y lugares de internamiento, dados a conocer por los signos establecidos o cuyo carácter pueda distinguirse de modo inequívoco en la lejanía”. El artículo 8.2, letra b, del Estatuto de la CM tipifica: dirigir intencionalmente ataques contra los hospitales y los

En conformidad con los artículos 14 y 15 del cuarto convenio y 8 (letras e, f, g, h, i, j, k, l, m), 59 y 60 del Protocolo Adicional I, el artículo 612.1 del Código Penal tutela un total de siete especies de bienes jurídicos protegidos, consistentes en unidades, medios y lugares.

### **1.1. Las unidades y los medios de transporte sanitarios**

Según el artículo 8, letra e, del Protocolo Adicional I, se entiende por unidades sanitarias, los establecimientos y otras formaciones, militares o civiles, organizados con fines sanitarios, a saber: la búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico y tratamiento (incluidos los primeros auxilios) de los heridos, enfermos y náufragos, así como la prevención de las enfermedades. La expresión comprende, entre otros, los hospitales y otras unidades familiares, los centros de transfusión de sangre, los centros e institutos de medicina preventiva y los depósitos de material sanitario y de productos farmacéuticos, así como los almacenes de material sanitario y de productos farmacéuticos de dichas unidades. Las unidades sanitarias pueden ser fijas o móviles, permanentes o temporales.

En este contexto, el artículo 12 del Protocolo Adicional I dispone la protección de las unidades sanitarias, ya que las mismas serán respetadas y protegidas en todo momento y no serán objeto de ataque (apartado 1). Esta protección dependerá del cumplimiento de una de las siguientes condiciones: pertenecer a una de las partes en conflicto; estar reconocidas y autorizadas por la autoridad competente de una de las partes en conflicto; y estar autorizadas de conformidad con el artículo 9.2 del Protocolo Adicional I o el artículo 27.2 del primer convenio. En todo caso, las unidades sanitarias no serán utilizadas en ninguna circunstancia para tratar de poner objetivos militares a cubierto de los ataques (apartado 4). Asimismo, el artículo 14 de este instrumento convencional dispone las limitaciones a la requisita de las unidades sanitarias.

La protección de las unidades sanitarias civiles solamente podrá cesar cuando se haga uso de ellas, al margen de sus fines humanitarios, con objeto de realizar actos perjudiciales para el enemigo. Empero, la protección cesará únicamente después de una intimidación que, habiendo fijado cuando proceda un plazo razonable, no surta efectos (artículo 13 del Protocolo Adicional I).

Además, se entiende por transporte sanitario el transporte por tierra, por agua o por aire de los heridos, enfermos y náufragos, del personal sanitario o religioso del equipo y material sanitarios protegidos por los convenios y por el presente protocolo (artículo 87 letra f, Protocolo Adicional I)<sup>71</sup>. Como se advierte, también se aplica al transporte del personal religioso. El Protocolo Adicional I establece la protección de los diferentes transportes sanitarios (artículo 21) y, en concreto, de los buques hospitales

---

lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares; dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra el personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho Internacional.

<sup>71</sup> En materia de transportes sanitarios, los artículos 35 a 37 del primer Convenio de Ginebra; 38 a 40 del segundo Convenio de Ginebra.

y embarcaciones costeras de salvamento (artículo 22); otros buques y embarcaciones sanitarios (artículo 23) y aeronaves sanitarias (artículo 24).

## 1.2. Las localidades y zonas bajo protección especial

El cuarto Convenio de Ginebra (artículos 14 y 15) y el Protocolo Adicional I (artículos 59 y 60) establecen unas determinadas zonas geográficas que sirven de refugio a personas civiles y, por consiguiente, quedan al margen de toda acción armada<sup>72</sup>. Estas localidades o zonas bajo protección especial son: las zonas o localidades sanitarias y de seguridad; los campos de prisioneros; las zonas neutralizadas o lugares de internamiento de la población civil; las localidades no defendidas; y las zonas desmilitarizadas.

*Las zonas y localidades sanitarias y de seguridad.* En los tiempos de paz, las partes contratantes de los Convenios de Ginebra o, después de la ruptura de hostilidades, las partes inmersas en un conflicto armado podrán crear en su territorio o en los territorios ocupados unas zonas y localidades sanitarias y de seguridad organizadas de modo que queden al abrigo de los efectos de la guerra los heridos y enfermos, inválidos, personas de edad, niños menores de quince años, mujeres encintas y madres de criaturas menores de siete años (artículo 14 del cuarto convenio). En todo caso, las personas que se encuentren en dichas zonas no deberán dedicarse a ningún trabajo que pueda tener relación directa con las operaciones militares (artículo 2 del anexo I al cuarto convenio). El anexo I al cuarto convenio, sobre el proyecto de acuerdo relativo a zonas y localidades sanitarias y de seguridad, contiene disposiciones que versan sobre las condiciones que deben concurrir en dichas zonas (artículo 4<sup>73</sup>); obligaciones de la zona (artículo 5<sup>74</sup>); señalización de la zona (artículo 6); comunicación de la lista de zonas existentes (artículo 7); etc. Las zonas sanitarias y de seguridad no podrán, en ninguna clase de circunstancias, ser atacadas, debiendo ser en todo tiempo protegidas y respetadas por las partes contendientes (artículo 11 del anexo I al cuarto convenio).

*Los campos de prisioneros.* El tercer convenio dispone una reglamentación muy pormenorizada sobre el internamiento de prisioneros. La potencia en cuyo poder se encuentren los prisioneros podrá internarlos (artículo 21) en campamentos cerrados o en otros establecimientos situados en tierra firme y que ofrezcan toda garantía de higiene

---

<sup>72</sup> Al margen de las zonas que estén bajo protección especial expresamente previstas en los instrumentos convencionales de Ginebra caben, siempre que sean beneficiosos para la protección de las personas protegidas, otros supuestos libremente acordados por las partes en conflicto (por ejemplo, la *Red Cross Box* —una zona sanitaria delimitada en el océano— creada por Gran Bretaña y Argentina durante la guerra de las Malvinas) o establecidas por las Naciones Unidas (por ejemplo las zonas seguras —Sarajevo, Tuzla, Zepa y Srebrenica— en Bosnia-Herzegovina).

<sup>73</sup> Artículo 4: “Las zonas sanitarias y de seguridad reunirán las siguientes condiciones: a) no serán más que una pequeña parte del territorio controlado por la Potencia que las haya designado; b) deberán estar poco pobladas con respecto a sus posibilidades de alojamiento; c) estarán alejadas y desprovistas de todo objetivo militar y de toda importante instalación industrial o administrativa; d) no estarán en regiones que, muy probablemente, puedan tener importancia para la conducción de la guerra”.

<sup>74</sup> Artículo. 5: “Las zonas sanitarias y de seguridad estarán sometidas a las siguientes obligaciones: a) las vías de comunicación y los medios de transporte que allí haya no se utilizarán para desplazamientos de personal o de material militar, ni siquiera en tránsito; b) en ninguna circunstancia serán defendidas militarmente”.

y salubridad, esto es, el cautiverio debe ser en condiciones razonables de seguridad (artículos 21, 22 y 23). Los campos de prisioneros —y solo los campos de prisioneros— se señalarán, de día, por medio de las letras “PG” o “PW” colocadas de modo que puedan ser fácilmente vistas desde lo alto del aire (artículo 23). Excepto en casos especiales justificados por el propio interés de los prisioneros, estos no serán confinados en penitenciarías (artículo 22), en barcos o en establecimientos situados en la zona de combate (artículo 23). Los centros de internamiento tendrán a) refugios antiaéreos (artículo 23); b) alojamientos en las mismas condiciones que las tropas de la potencia en cuyo poder se encuentren con una superficie y volumen de aire suficientes, además deberán contar con calefacción, luz y sistema de protección contra incendios y contra la humedad (artículo 25); c) cantinas (artículo 28); d) instalaciones ajustadas a las reglas higiénicas (artículo 29); e) enfermería (artículo 30); f) locales para los servicios religiosos (artículo 34) y g) locales para el esparcimiento, estudio y deportes (artículo 38).

*Las zonas neutralizadas o lugares de internamiento de la población civil.* La parte contendiente en un conflicto armado podrá proponer a la parte adversa la creación, mediante un acuerdo, de zonas neutralizadas en las regiones donde tengan lugar los combates. Estas zonas neutralizadas tienen por finalidad poner al abrigo de los peligros de los combates, sin distinción alguna, a los heridos y enfermos, combatientes o no, por un lado, y a las personas civiles que no participen en las hostilidades y que no ejecuten ningún trabajo de carácter militar durante su estancia en dichas zonas, por otro (artículo 15 del cuarto convenio). En tanto que la finalidad de estas zonas es poner fuera de peligro de las acciones armadas a determinadas personas que no participan en las mismas, no podrán ser creadas en tiempo de paz sino durante el desarrollo de los combates y su duración será limitada en el tiempo (en el acuerdo de creación se estipulará el comienzo y la duración de la neutralización de la zona así como su concreta situación geográfica). El cuarto convenio contiene una serie de disposiciones relativas a los lugares de internamiento para las personas protegidas que sean internadas con arreglo a los artículos 41, 42, 43, 68 y 78 del citado instrumento convencional (artículo 79). Los lugares de internamiento de la población civil no podrán estar emplazados en regiones particularmente expuestas a los peligros de la guerra (artículo 83). Estos lugares deberán contar con edificios o acantonamientos que posean todas las garantías de higiene y salubridad, además de garantizar la protección eficaz contra los rigores del clima y los efectos de la guerra (artículo 85). Entre otras, las referidas instalaciones deben cumplir las condiciones siguientes: a) tener alumbrado y sistemas de extinción de fuegos; b) tener dormitorios espaciosos y aireados; c) tener camastros, jergones y mantas; d) instalaciones higiénicas (artículo 85); e) locales apropiados para el ejercicio de los cultos (artículo 86); f) refugios antiaéreos (artículo 88); g) enfermería (artículo 91); h) cantinas (artículo 87) e i) locales adecuados para realizar actividades intelectuales y físicas (artículo 94).

*Las localidades no defendidas.* El artículo 59.1 del Protocolo Adicional I dispone la prohibición de atacar, por cualquier medio que sea, las localidades no defendidas (“ciudad abierta”), entendiendo por tal cualquier lugar habitado que se encuentre en la proximidad o en el interior de una zona donde las fuerzas armadas estén en contacto y que esté abierta a la ocupación por el enemigo (artículo 59.2). Su creación se realiza mediante una simple declaración unilateral, esto es, la declaración de localidad no defendida compete a las autoridades competentes de una parte en conflicto (artículo 59.2)

y se llevará a cabo de conformidad a lo dispuesto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 59<sup>75</sup>. Según el apartado 7 de este precepto, el estatuto de localidad no defendida se perderá cuando deje de reunir las condiciones señaladas en el apartado 2 o las dispuestas en el acuerdo celebrado entre las partes (artículo 59.5). En todo caso, la declaración por la que se crea la referida localidad deberá ser acompañada de las condiciones siguientes, a saber: a) deberán haberse evacuado todos los combatientes, así como las armas y el material militar móvil; b) no se hará uso hostil de las instalaciones o los establecimientos militares fijos; c) ni las autoridades ni la población cometerán actos de hostiles y d) no se emprenderá actividad alguna en apoyo de operaciones militares (artículo 59.2).

*Las zonas desmilitarizadas.* El artículo 60.1 del Protocolo Adicional I establece que queda prohibido a las partes en conflicto extender sus operaciones militares a las zonas que, mediante acuerdo expreso (apartado 2) concluido en tiempo de paz o durante las hostilidades, tengan estatuto de zona desmilitarizada, si tal extensión es contraria a lo estipulado en el referido acuerdo. Así, las zonas desmilitarizadas tienen por objetivo el servir de refugio tanto a la población civil como a los combatientes fuera de combate. En todo caso, la zona desmilitarizada reunirá las condiciones siguientes: a) deberán haberse evacuado a todos los combatientes, así como las armas y el material militar móvil; b) no se hará uso hostil de las instalaciones o los establecimientos militares fijos; c) ni las autoridades ni la población cometerán actos hostiles y d) deberá haber cesado toda actividad relacionada con el esfuerzo militar (apartado 3). La violación grave de las condiciones enunciadas o la utilización de la zona para fines relacionados con las operaciones militares (apartado 6) liberará a la otra parte de las obligaciones contenidas en el acuerdo y, si bien la zona perderá su estatuto, continuará gozando de la protección prevista en las demás disposiciones del protocolo (apartado 7).

## **2. La protección del personal sanitario y religioso**

Cabe destacar en cuanto al artículo 612 del Código Penal la siguiente afirmación: “Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto

---

<sup>75</sup> Apartado 4: “La declaración que se haga en virtud del párrafo 2 será dirigida a la Parte adversa y definirá e indicará, con la mayor precisión posible, los límites de la localidad no defendida. La Parte en conflicto que reciba la declaración acusará recibo de ella y tratará a esa localidad como localidad no defendida a menos que no concurren efectivamente las condiciones señaladas en el párrafo 2, en cuyo caso lo comunicará inmediatamente a la Parte que haya hecho la declaración. Aunque no concurren las condiciones señaladas en el párrafo 2, la localidad continuará gozando de la protección prevista en las demás disposiciones del presente Protocolo y las otras normas de Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados”. Apartado 5: “Las Partes en conflicto podrán ponerse de acuerdo para el establecimiento de localidades no defendidas, incluso si tales localidades no reúnen las condiciones señaladas en el párrafo 2. El acuerdo debería definir e indicar, con la mayor precisión posible, los límites de la localidad no defendida; si fuere necesario, podrá fijar las modalidades de supervisión”. Apartado 6: “La Parte en cuyo poder se encuentre una localidad objeto de tal acuerdo la señalará, en la medida de lo posible, con los signos que convenga con la otra Parte, los cuales serán colocados en lugares donde sean claramente visibles, especialmente en el perímetro y en los límites de la localidad y en las carreteras”.

armado: [...] 2. Ejerza violencia sobre el personal sanitario o religioso o integrante de la misión médica o de las sociedades de socorro”<sup>76</sup>.

Con carácter previo debe establecerse la distinción entre los conceptos *militar* y *combatiente*, pues no todo militar es combatiente: existen miembros de las fuerzas armadas, que a pesar de su condición de militar, tienen una función diferente a la de combatir al enemigo durante el conflicto armado; se trata del denominado personal sanitario y religioso. Estos militares, si bien carecen del estatuto del combatiente, detentan una protección especial. El personal sanitario y religioso será respetado y protegido en toda circunstancia (artículos 24 del primer convenio, 36 del segundo convenio, 33 del tercer convenio, y 15.1 y 85.2 del protocolo I). Tras esta primera afirmación, los Convenios de 1949 y el Protocolo Adicional I disponen en su articulado los diferentes derechos y obligaciones relacionados con el personal tanto sanitario como religioso: si caen en poder del enemigo, no se les considera prisioneros de guerra pero quedan amparados por los derechos otorgados a estos por el tercer convenio; no podrán ser obligados a realizar trabajos ajenos a sus deberes médicos o religiosos; no podrán ser obligados a realizar actos contrarios a la deontología; etc. (artículos 24 a 32 del primer Convenio, 36 y 37 del segundo convenio, 33 del tercer convenio, y 15 del protocolo I). En conformidad con el artículo 85.2 del Protocolo Adicional I se entenderán como infracciones graves contra el personal sanitario y religioso los actos descritos como tales en el primer y cuarto convenios.

### **3. Los actos violentos sobre las personas protegidas en poder de una parte beligerante**

En lo que se refiere al artículo 612 del Código Penal, conviene mencionar:

Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] 3. Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales, o viole las prescripciones sobre alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los Tratados internacionales en los que España fuere parte<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Artículo 77.4 del Código Penal Militar: “Será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión el militar que: el que ejerciere violencia contra el personal de los servicios sanitario y religioso, tanto enemigo como neutral, miembros de las organizaciones de socorro y personal afecto al servicio de los establecimientos o lugares antes citados. No se aplicará lo dispuesto en este número y en el anterior si se hace uso de esta protección, para llevar a cabo actos de hostilidad”.

<sup>77</sup> El artículo 8.2, letra b, del Estatuto de la CPI tipifica: cometer atentados contra la dignidad personal; especialmente los tratos humillantes y degradantes.



La regla fundamental a partir de la cual se articula la protección general de la población civil<sup>78</sup> se recoge en el artículo 27 del Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, al proclamar el respeto a la persona humana, a su honor, a sus derechos familiares, a sus convicciones y prácticas religiosas<sup>79</sup>. En este contexto el convenio se configura como el primer instrumento convencional que trata con carácter general la materia<sup>80</sup>, aunque si bien es amplio y concreto en la protección de los individuos frente a los peligros de la guerra, no lo es en la esfera de la protección del conjunto de la población; es decir, el ámbito protector del convenio se centra en las personas civiles cuando se hallen en territorio enemigo y cuando se encuentren en territorio ocupado por las fuerzas de la potencia enemiga.

A pesar del progreso considerable que significó este instrumento convencional, en él no aparecían protegidas las personas civiles frente a los efectos de las armas<sup>81</sup>, aunque constituían un número elevado de víctimas durante los conflictos armados. Ante la situación descrita se hizo necesario afrontar el tema y, fruto de la Conferencia de Ginebra sobre la reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional humanitario, surgieron los protocolos adicionales a las Convenciones de Ginebra de 1949. El Protocolo Adicional I de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales<sup>82</sup>, implica una ampliación de la esfera protectora de la

<sup>78</sup> Sobre esta materia, cfr. *op. cit.* Erik Castrén (1955): 121 y ss.; *op. cit.* Erik Castrén, 1968: 496 y ss.; Henri Coursier, 1958: 431 y ss.; Jean Mirimanoff-Chilikine (1971): "Protection de la population et des personnes civiles contre les dangers résultant des opérations militaires". *Revue Belge de Droit International*, vol. VII: 619 y ss.; Jean Mirimanoff-Chilikine (1974): "La restauration du statut juridique de la population civile en période de conflit armé". *Revue Générale de Droit International Public*, vol. LXXVIII, 4: 1 046 y ss.; *op. cit.* Obradovic, 1977: 116 y ss.; *op. cit.* Luis Orcasitas Llorente (1951): 143 y ss.; *op. cit.* Jean Pictet, 1973; Jean Pictet (1986): *Humanitarian law and the protection of war victims*, Leyden (Ginebra): Henry Dunant Institute.

<sup>79</sup> El Convenio de 1949 dispone dos regímenes diferenciados de protección: uno referido "al conjunto de las poblaciones de los países contendientes" (artículo 13 del convenio. La protección de estas personas aparece contemplada en el título II del cuarto convenio: "Protección general de las poblaciones contra ciertos efectos de la guerra") y otro que incluye a "las personas que en un momento cualquiera y de cualquier manera que sea se encontraren, en caso de conflicto u ocupación, en poder de una parte contendiente o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditos" (artículo 4 del convenio), quedando expresamente excluidas las personas objeto de protección por parte de los restantes tres convenios, así como los súbditos de un Estado que no sea parte del convenio.

<sup>80</sup> En este sentido, el artículo 43 del Reglamento anexo al cuarto Convenio de La Haya de 1907 disponía que la autoridad del Ejército de la potencia enemiga en territorio ocupado debía adoptar "todas las medidas que de él dependan para restablecer y asegurar en cuanto sea posible el orden y la vida públicos, respetando, salvo imposibilidad absoluta, las leyes vigentes en el país". Asimismo, dicho reglamento prohíbe atacar ciudades, pueblos y viviendas no defendidos.

<sup>81</sup> Cfr. *op. cit.* José A. Pastor Ridruejo (1959): 95 y ss.

<sup>82</sup> Las disposiciones contenidas en este instrumento relativas a la protección de la población civil tienen su base en la Resolución 2444 (XXIII), de 19 de diciembre de 1968, sobre respeto de los derechos humanos en los conflictos armados (documentos oficiales, suplemento número 18, página 62, doc. A/7218 de las Naciones Unidas, 1969) y en la Resolución 2765 (XXV), de 9 de diciembre de 1970, sobre principios básicos para la protección de la población civil en los conflictos armados (documentos oficiales, suplemento número 28, página 83, doc. A/8028 de las Naciones Unidas, 1971) aprobadas por la AG. La Resolución 2444 (XXIII) dispone lo siguiente: "afirma la Resolución XXVIII de la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en Viena en 1965, en la que, entre otras cosas, se establecen los siguientes principios para su observancia por todas las autoridades, [...], responsables de las operaciones en los conflictos armados: b) que está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal; c) que en todo momento se debe



población civil entendida en su conjunto en cuanto tal, prohibiendo que tanto dicha población como sus bienes sean objeto de ataques. Por tanto, el principio básico que rige el espíritu del protocolo reside en que, en todo momento, debe distinguirse entre la población civil y los combatientes, por lo que los ataques se han de dirigir solamente contra los objetivos militares (artículos 50.1 y 50.2 del Protocolo Adicional I).

En conformidad con el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, así como los artículos 13, 14, 26, 30 y 53 del tercer convenio, 27 del cuarto convenio, 75, 76 y 77 del Protocolo Adicional I, el artículo 612.3 del Código Penal tipifica, respecto a las personas protegidas, unas conductas contrarias a las garantías fundamentales plasmadas en las normas jurídico internacionales indicadas y constitutivas de simples infracciones.

### **3.1. Las injurias graves**

Los artículos 13 y 14 del tercer convenio tutelan el respeto a la persona y al honor, prohibiéndose los atentados a la dignidad personal, en especial, los que son humillantes y degradantes, además de los insultos. El artículo 27 del cuarto convenio plasma el derecho de las personas protegidas a su honor y las protege contra los insultos. Y el artículo 75.1 del Protocolo Adicional I estipula que las personas que estén en poder de la parte adversa y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los convenios o del protocolo les será respetado el honor.

### **3.2. La privación de alimento y asistencia médica**

En cuanto a la privación del alimento indispensable, el artículo 15 del III Convenio establece que la potencia en cuyo poder se encuentren los prisioneros de guerra está obligada a atender su manutención y, en todo caso, la ración diaria básica será suficiente en cantidad, calidad y variedad para mantener a los prisioneros en buena salud e impedir pérdidas de peso o perturbaciones de carencia (artículo 26). El cuarto convenio dispone que, en la medida de sus recursos, la potencia ocupante tiene el deber de asegurar el aprovisionamiento de la población en víveres (artículo 55), y cuando internen a personas protegidas tendrá la obligación de proveer gratuitamente a su manutención (artículo 81), siendo la ración alimenticia cotidiana suficiente en cantidad, calidad y variedad para

---

hacer la distinción entre las personas que participan en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos lo más posible". La Resolución 2765 (XXV) dispuso entre otros los siguientes principios: "2. En el desarrollo de operaciones militares durante los conflictos armados, deberá establecerse en todo momento una distinción entre las personas que toman parte activa en las hostilidades y las poblaciones civiles. 3. En el desarrollo de operaciones militares, se hará todo lo posible para poner a las poblaciones civiles a salvo de los estragos de la guerra y se adoptarán todas las precauciones necesarias para evitar que las poblaciones civiles padezcan heridas, pérdidas o daños. 4. Las poblaciones civiles como tales no deberán ser objeto de operaciones militares. 5. Las viviendas y otras instalaciones usadas solo por poblaciones civiles no deberán ser objeto de operaciones militares. 6. Los lugares o zonas designadas al solo efecto de proteger a los civiles, como las zonas de hospitales o refugios análogos, no deberán ser objeto de operaciones militares".

garantizar el equilibrio normal de salud e impedir las deficiencias nutritivas (artículo 89). En tanto que prisioneros de guerra, a los heridos, enfermos y náufragos caídos en poder del adversario les serán aplicables las reglas concernientes a estos (artículos 14 del primer convenio y 16 del segundo convenio), teniendo derecho a la manutención prevista en el artículo 15 del tercer convenio.

La asistencia médica o los cuidados médicos en favor de los prisioneros de guerra y personas civiles se haya contemplada en los artículos 15 y 81, respectivamente, de los convenios Tercero y Cuarto. En relación a los heridos, enfermos y náufragos, el artículo 10.2 del Protocolo Adicional I dispone que recibirán, en la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado, no realizándose entre ellos ninguna distinción que no esté basada en criterios médicos. Por consiguiente, los heridos, enfermos y náufragos no detentan la categoría de combatientes, sino la de víctimas.

### **3.3. El trato humillante o degradante**

Los prisioneros de guerra y las personas civiles tienen derecho, en cualquier circunstancia, al respeto de su dignidad y persona (artículos 14 y 27, respectivamente, de los tercer y cuarto convenios). Asimismo, el artículo 75.2, letra b, del Protocolo Adicional I prohíbe, en todo tiempo y lugar, ya sean realizados por agentes civiles o militares, los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes (por ejemplo, vejaciones) y degradantes (por ejemplo desprecio). Se trata, pues, de acciones —de palabra u obra— que, vayan o no encaminadas a doblar la voluntad de la persona, que sean llevadas a cabo de tal manera que den lugar a un sentimiento de vejación, constituyendo atentados contra la integridad moral en tanto que bien jurídico protegido.

### **3.4. La prostitución inducida, el atentado al pudor y las medidas en favor de las mujeres y de los niños**

El artículo 27 del cuarto convenio proclama que las mujeres serán especialmente amparadas contra toda lesión a su honor y, en particular, contra la violación, contra el forzamiento a la prostitución y contra todo atentado a su pudor. En el ámbito de la reglamentación del trato a las personas en poder de una parte en conflicto, el artículo 75.2, letra b, del Protocolo Adicional I prohíbe, en todo tiempo y lugar, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor. Los artículos 76 a 78 del citado protocolo disponen una serie de medidas en favor de las mujeres y los niños (artículo 24 del PIDCP). Las mujeres serán objeto de un respeto especial y se las protegerá contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor (artículo 76.1). Se trata, pues, de actos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Asimismo, las mujeres encintas o madres de niños de corta edad a) condenadas a pena de muerte por delitos relacionados con el conflicto armado no serán ejecutadas y

b) arrestadas, detenidas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado serán atendidas con prioridad absoluta (artículo 76.2).

La regulación del alojamiento de mujeres y familias detenidas aparece contemplada en los artículos 29 y 108 del tercer convenio y 27, 76, 82, 85 y 124 del cuarto convenio. En los lugares de internamiento de las personas protegidas, siempre que fuere necesario, como medida excepcional, alojar temporalmente a mujeres internadas no pertenecientes a un grupo familiar en el mismo lugar de internamiento que los hombres, habrán de montarse obligatoriamente dormitorios e instalaciones sanitarias aparte (artículo 85 del Cuarto Convenio) y las mujeres internadas que extingan penas disciplinarias, estarán detenidas en locales distintos de los de los hombres, colocándose las bajo la vigilancia inmediata de mujeres (artículos 124 del cuarto convenio y 75.5 del Protocolo Adicional I). No obstante, las familias detenidas o internadas serán alojadas, siempre que sea posible, en un mismo lugar, como unidad familiar.

En conformidad con el Protocolo Adicional I, los niños serán objeto de un respeto especial, se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor y se les proporcionará los cuidados y la ayuda que necesiten por su edad o por cualquier otra razón (artículo 77.1). En particular: los menores de quince años no participarán directamente en las hostilidades (artículo 77.2); los menores de quince años que participen directamente en las hostilidades y sean hechos prisioneros, gozarán de la protección especial dispuesta por el protocolo (artículo 77.3); los menores de quince años arrestados, detenidos o internados por motivos relacionados con el conflicto armado, serán mantenidos en lugares distintos al de los adultos (artículo 77.4); y las penas de muerte impuestas por infracciones relacionadas con el conflicto armado a menores de 18 años no serán ejecutadas (artículo 77.5). Finalmente, el artículo 78 establece la reglamentación relativa a la evacuación de los niños.

### **3.5. La omisión de información**

En conformidad con lo dispuesto en el artículo 75.3 del Protocolo Adicional I, toda persona protegida que esté detenida (o en poder de la parte adversa antes del proceso judicial previsto en el apartado 4 de este artículo), internada (o privada de libertad por las autoridades de la parte adversa a pesar de no existir inculpación penal) o presa (o bajo prisión preventiva en un centro penitenciario) por actos relacionados con el conflicto armado será informada —mediante comunicación escrita o verbal— sin demora (entiéndase lo más pronto posible), en un idioma que comprenda (artículos 41, 105 y 107 del Tercer Convenio y 65, 71 y 99 del cuarto convenio), de las razones que han motivado esas medidas.

### **3.6. Los castigos colectivos por actos individuales**

La imposición de penas colectivas, tanto judiciales como extrajudiciales, vulneran el principio de la responsabilidad penal individual y, por ello, el artículo 74.2, letra d, del Protocolo Adicional I prohíbe, en todo tiempo y lugar, las penas colectivas; por su parte,

el artículo 87 del tercer convenio dispone que queda prohibida toda pena colectiva por actos individuales.

#### **4. Los emblemas reconocidos**

Dispone el artículo 612 del Código Penal es: “Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] 4. Use indebidamente o de modo péfido los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los tratados internacionales en los que España fuere parte, especialmente los signos distintivos de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”<sup>83</sup>.

Los artículos 38 a 44 del primer convenio, 41 a 45 del segundo convenio, y 18, 37, 38, 56, 59.6, 60.5 y 66 del Protocolo Adicional I estipulan las condiciones de utilización de los signos distintivos de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja o del León y Sol Rojos. El Protocolo Adicional I dispone la prohibición del uso indebido (artículo 38.1) y péfido (artículo 85.3, letra f), en tanto que infracción grave, del signo distintivo de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja o del León y Sol Rojos o de otros emblemas, signos o señales establecidos en los convenios (artículos 38, 39 y 44 del primer convenio) o en el citado protocolo. Asimismo, en un conflicto armado, está prohibido abusar deliberadamente de otros emblemas, signos o señales protectores internacionalmente reconocidos, incluidos la bandera de parlamento y el emblema protector de los bienes culturales.

#### **5. Los signos de nacionalidad**

Atendiendo nuevamente al artículo 612 del Código Penal:

Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] 5. Utilice indebidamente o de modo péfido bandera, uniforme, insignia o emblema distintivo de Estados neutrales, de las Naciones Unidas o de otros Estados que no sean partes en el conflicto o de Partes adversas, durante los ataques o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares, salvo en los casos exceptuados expresamente previstos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte<sup>84</sup>.

El artículo 39 del Protocolo Adicional I dispone la prohibición expresa de hacer uso en un conflicto armado de los signos de nacionalidad, esto es, las banderas o los emblemas, las insignias o los uniformes militares de Estados neutrales o terceros,

---

<sup>83</sup> El artículo 8.2, letra b, del Estatuto de la CPI tipifica: utilizar de modo indebido la bandera blanca así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves.

<sup>84</sup> El artículo 8.2, letra b, del Estatuto de la CPI tipifica: utilizar de modo indebido la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, y causar así la muerte o lesiones graves.

Estados que no sean partes en el conflicto (apartado 1) y de las partes adversas durante los ataques (apartado 2). También queda prohibido hacer uso del emblema distintivo de las Naciones Unidas, salvo en los supuestos en que dicha organización lo autorice (artículo 38.2 del Protocolo Adicional I).

## **6. La bandera de parlamento o de rendición**

Artículo 612 del Código Penal: “Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] 6. Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera de parlamento o de rendición, atente contra la inviolabilidad o retenga indebidamente a parlamentario o a cualquiera de las personas que lo acompañen, a personal de la Potencia Protectora o su sustituto o a miembro de la Comisión Internacional de Encuesta”<sup>85</sup>.

En tanto que la perfidia está prohibida, el Protocolo Adicional I prohíbe el simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición (artículo 37.1, letra a) y, en conexión con este precepto, el artículo 38.1 estipula la prohibición del uso indebido de la bandera de parlamento. El artículo 32 del Reglamento anexo al Convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899 proclama el derecho a la inviolabilidad de los parlamentarios (el individuo autorizado por uno de los beligerantes para entrar en tratos con el otro) y de las personas que lo acompañen (el trompeta, clarín o tambor, el portabanderín y el intérprete). No obstante, en caso de abuso, cabe la posibilidad de retener temporalmente al parlamentario (artículo 33), e incluso de que este pierda su inviolabilidad si se prueba de manera positiva e irrecusable que ha aprovechado su posición para provocar o cometer un acto de traición (artículo 34).

El personal de la potencia protectora es el perteneciente a un Estado neutral u otro Estado que no sea parte en el conflicto y que, habiendo sido designado por una parte del conflicto y aceptado por la parte adversa, esté dispuesto a desempeñar las funciones asignadas a la potencia protectora por los convenios y el Protocolo Adicional I. Su sustituto es una organización que reemplaza a la potencia protectora (artículo 2, del Protocolo Adicional I). La designación de las potencias protectoras y de su sustituto se dispone en el artículo 5 del Protocolo Adicional I<sup>86</sup>.

Las cuestiones tratadas no tienen la consideración de infracción grave en ninguna disposición de los convenios ni del Protocolo Adicional I, sino como actos contrarios a la normativa existente en la materia.

---

<sup>85</sup> Artículo 75 del Código Penal Militar: “Será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión el militar que: 1) Ostentare indebidamente la bandera de parlamento, banderas o emblemas enemigos o neutrales o los signos distintivos de los Convenios de Ginebra. 2) Ofendiere de palabra u obra o retuviere indebidamente a un parlamentario o a las personas que lo acompañasen”.

<sup>86</sup> El artículo 90 del Protocolo Adicional I dispone las cuestiones relativas a la Comisión Internacional de Encuesta, integrada por quince miembros de alta reputación moral y de reconocida imparcialidad.

## 7. El despojo de cadáveres y de personas protegidas

La última disposición a analizar en lo relativo al artículo 612 del Código Penal especifica: “Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] 7. Despoje de sus efectos a un cadáver, herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra o persona civil internada”<sup>87</sup>.

El artículo 4 del Reglamento anexo al Convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899 estipula que todo lo que pertenezca personalmente, excepto las armas, los caballos y los papeles militares, a los prisioneros de guerra queda de su propiedad. Por su parte, el artículo 18 del tercer convenio dispone que todos los efectos y objetos de uso personal —salvo las armas, los caballos, el equipo militar y los documentos militares— quedarán en poder de los prisioneros de guerra, así como los cascos metálicos, las caretas contra el gas y cuantos artículos se les hayan entregado para su protección personal. Quedarán igualmente en su posesión los efectos y objetos que sirvan para su vestido y su alimentación, aunque estos efectos y objetos formen parte del equipo militar oficial. Tampoco podrán quitárseles las insignias de grado y nacionalidad, las condecoraciones ni los objetos que tengan valor personal o sentimental. Asimismo, las sumas de las que sean portadores solamente se las podrán quitar por orden de un oficial después de haber sido consignadas en un registro especial y de haber entregado un recibo detallado.

El artículo 97 del cuarto convenio señala que los internados no solo están autorizados a conservar sus objetos y efectos de uso personal, sino que no podrá quitárseles las cantidades, cheques, títulos, etc., así como los artículos de valor de los que sean portadores. Tras disponer el derecho sobre dichos efectos y objetos, los convenios (artículos 15, 18, y 97, respectivamente, de los primer, segundo, tercer y cuarto convenios) y el Protocolo Adicional I (el artículo 34.2, letra c) disponen la protección de las víctimas contra el saqueo (herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra o persona civil internada) y el despojo de cadáveres de la parte adversa.

## V. Los bienes especialmente protegidos en caso de conflicto armado

El artículo 613 del Código Penal no solo establece, en su apartado 1, un *numerus clausus* de bienes especialmente protegidos en caso de conflicto armado, sino que además el apartado 2 de este artículo estipula que “en el caso de que se trate de bienes culturales bajo protección especial o en los supuestos de extrema gravedad, se podrá imponer la pena superior en grado”; esto es, el precepto transcrito dispone el tipo agravado de los cinco supuestos proclamados en el párrafo primero cuando

---

<sup>87</sup> Existe cierta concordancia entre el precepto penal transcrito y el artículo 77.2 del Código Penal Militar: “Será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión el militar que: despojare de sus efectos en la zona de operaciones a un muerto, herido o enfermo, náufrago o prisionero de guerra con el fin de apropiárselos. Cuando con motivo del despojo se les causare lesiones o se ejercieren violencias que agravasen notablemente su estado, se impondrá la pena en su mitad superior”.

concurra alguna de las dos circunstancias prescritas, bajo protección especial o extrema gravedad.

## **1. Los bienes culturales o lugares de culto**

Artículo 613.1 del Código Penal:

Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado: a) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes culturales o lugares de culto claramente reconocidos, que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos y siempre que tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario<sup>88</sup>.

En el ámbito de la protección jurídico-internacional de los bienes culturales en período de conflicto armado<sup>89</sup>, cabe distinguir dos momentos cuya frontera diferenciadora en el tiempo debe establecerse en 1954. Con anterioridad al citado año solamente existían disposiciones aisladas u ocasionales sobre la referida materia. El Reglamento anexo al cuarto Convenio de 1907, sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, contiene algunas normas que, por una parte, contribuyen a la protección de los bienes culturales indirectamente y, por otra parte, designan de manera expresa dicha protección. Entre las primeras, de carácter indirecto, que versan sobre la protección de los bienes civiles en general<sup>90</sup> y, por extensión protegen los bienes culturales, cabe citar las siguientes: prohibición de destruir o apoderarse de las propiedades enemigas; prohibición de bombardear, por cualquier medio que sea, ciudades, pueblos, casas o edificios que no estén defendidos; prohibición de entregar al pillaje una población o localidad, aunque sea tomada por asalto (las prohibiciones enunciadas se corresponden con los artículos 47, 23, 25 y 28.).

---

<sup>88</sup> Artículo 77.7 del Código Penal Militar: “Será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión el militar que: destruyere o deteriorare, sin que lo exijan las necesidades de la guerra, el patrimonio documental y bibliográfico, los monumentos arquitectónicos y los conjuntos de interés histórico o ambiental, los bienes muebles de valor histórico, artístico, científico o técnico, los yacimientos en zonas arqueológicas, los bienes de interés etnográfico y los sitios naturales, jardines y paques relevantes por su interés histórico artístico o antropológico y, en general, todos aquellos que formen parte del patrimonio histórico. Cualquier acto de pillaje o apropiación de los citados bienes culturales, así como todo acto de vandalismo sobre los mismos y la requisita de los situados en territorio que se encuentre bajo la ocupación militar, será castigado con igual pena”. El artículo 8.2, letra b, del Estatuto de la CPI tipifica: dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias, los monumentos históricos, siempre que no sean objetivos militares.

<sup>89</sup> Al respecto, cfr. Rosario Domínguez Matés (2005): “Retos y perspectivas de la protección del patrimonio cultural en periodo de conflicto armado ante el 50 aniversario de la Convención de La Haya (1954-2004)”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. v: 123 y ss.

<sup>90</sup> Cfr. Mallison (1997): “The humanitarian law of armed conflict concerning the protection of civilians, in a panel discussion on humanitarian law of armed conflict”. *International Lawyer*, vol. xi: 102 y ss.



Del mismo modo, el Reglamento de La Haya de 1907 contiene una serie de disposiciones que contribuyen de forma directa a la protección de los bienes culturales<sup>91</sup>, y los criterios dispuestos en las mismas para que un determinado objeto goce de la protección dispensada por el convenio es triple, a saber: en primer lugar, por las cualidades intrínsecas del objeto; en segundo lugar, en virtud de la institución a la que el objeto pertenece; y, en tercer lugar, por la finalidad a la que el objeto está destinado. Así, “en los sitios y bombardeos deberán tomarse todas las medidas necesarias para librar en cuanto sea posible, los edificios consagrados al culto, a las artes, a las ciencias y a la beneficencia, los monumentos históricos... siempre que no se utilicen al mismo tiempo esos edificios con un fin militar” (artículo 27.1); en cuanto a “los bienes comunales, los de los establecimientos consagrados al culto, a la caridad y a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun pertenecientes al Estado, serán tratados como la propiedad privada” (artículo 56.1); y “toda apropiación, destrucción o daño intencionado de dichos establecimientos, de monumentos históricos, obras de arte y de ciencia están prohibidos y deben ser perseguidos” (artículos 56.2).

La deficiente situación en la materia, confirmada por las numerosas destrucciones de bienes culturales acontecidas durante la segunda guerra mundial, hizo volver la mirada hacia una reglamentación especializada<sup>92</sup>. En 1954 se convocó una Conferencia Diplomática en La Haya en la que se abrió a la firma (del día 14 de mayo a 31 de diciembre de 1954) el Convenio para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado<sup>93</sup>, que entró en vigor el día 7 de agosto de 1956 (artículo 33.1 y 2). Los objetos susceptibles de ser calificados como *bienes culturales*, atendiendo a la definición prevista en el convenio, son merecedores automáticamente de la protección general dispensada por el mismo.

A diferencia de las numerosas y diferentes definiciones contempladas por los instrumentos internacionales hasta 1954 sobre la expresión *bienes culturales*<sup>94</sup>, la codificación realizada en ese mismo año establece una noción uniforme de lo que debe entenderse por la misma. Dicho de otro modo, el Convenio para la protección de los

---

<sup>91</sup> Sobre esta materia, cfr. Juan M. García Labajo (2002): “La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado” en José L. Rodríguez-Villasante y Prieto 2002: *Derecho Internacional humanitario*, Valencia: Tirant lo Blanch: 402 y ss.

<sup>92</sup> Breucker (1975): “La réserve des nécessités militaires dans la Convention de La Haye du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels”. *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, vol. XIV, 3-4: 255 y ss.; Manuel de la Calzada (1952): “La protección jurídico-internacional del patrimonio cultural en caso de guerra”. *Revista de Estudios Políticos*, 63: 141 y ss.; Oriol Casanovas y la Rosa (1993): “La protección del patrimonio cultural”, *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, vol. X: 45-113; Stanislaw E. Nahlik (1990): “Protección de los bienes culturales”, en UNESCO: *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*, Madrid: Editorial Tecnos: 203 y ss.; Stanislaw E. Nahlik (1967): “La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé”. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. CXX, 1: 61-163.

<sup>93</sup> El artículo 2 del convenio dispone que la protección de los bienes culturales “entraña la salvaguardia y el respeto de dichos bienes”. La salvaguardia de los bienes culturales implica la adopción de las medidas apropiadas y necesarias, en tiempo de paz, para proteger dichos bienes de los efectos previsibles en caso de un conflicto armado (artículo 3), mientras que, por otro lado, el respeto supone una doble abstención consistente en su no utilización con finalidades militares y el no hacerlo objeto de actos hostiles (artículo 4.1).

<sup>94</sup> Artículos 27.1 y 56.1 y 2 del Reglamento de La Haya de 1907.

bienes culturales dispone una noción comprensible de todos los objetos susceptibles de beneficiarse de tal protección en caso de conflicto armado. El artículo 1 dispone la siguiente noción de bienes culturales:

- a) los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;
- b) los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar y anteponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a, tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a;
- c) los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados anteriores, que se denominan *centros monumentales*.

En virtud del precepto glosado, la noción de *bien cultural* viene integrada por tres tipos diferentes de objetos: los objetos que revisten en sí mismos un valor artístico<sup>95</sup>, científico<sup>96</sup>, histórico<sup>97</sup> o arqueológico<sup>98</sup>; los objetos que, careciendo de los valores anteriores, sirvan para exponer o, en su caso, guardar los objetos que sí revistan tales valores (por ejemplo, museos, bibliotecas, etc.); y los objetos que estén a su vez integrados por objetos que en sí mismos tengan los valores anteriores (por ejemplo, ciudades, pueblos, etc.). Los bienes culturales protegidos<sup>99</sup> comprenden el conjunto de conocimientos humanos de una persona, individualmente considerada, pueblo o época; esto es, el convenio tutela los bienes culturales resultado del cultivo de los referidos conocimientos mediante el ejercicio de las facultades intelectuales. Ahora bien, no solo se protegen estos bienes culturales sino que se extiende la protección a los medios de transporte utilizados en el traslado de los mismos con el objeto de protegerlos de los efectos de las contiendas bélicas (artículos 12 y 13) y al personal especial encargado de

---

<sup>95</sup> Los objetos artísticos son los relativos a las bellas artes (resultan del acto o facultad mediante el cual, valiéndose de la materia, de la imagen o del sonido, imita o expresa el hombre lo material o lo inmaterial, y crea copiando o fantaseando).

<sup>96</sup> Los objetos científicos son los relativos a las ciencias (engloban un conjunto de conocimientos objetivos acerca de la naturaleza, la sociedad, el hombre y su pensamiento).

<sup>97</sup> Los objetos históricos son los pertenecientes a la historia (acontecimientos del pasado relativos al hombre y a las sociedades humanas).

<sup>98</sup> Los objetos arqueológicos son los relativos a la arqueología (monumentos y objetos en general, pertenecientes a civilizaciones antiguas, que han perdurado a través de los años y permiten el estudio posterior de dichas civilizaciones).

<sup>99</sup> Sin embargo, además de los objetos susceptibles de ser calificados como *bienes culturales*, el convenio extiende su protección a otro tipo de objetos, no englobados en la expresión anterior, pero que bajo determinadas circunstancias son beneficiarios de sus disposiciones, nos estamos refiriendo a los medios de transporte -convoyes- utilizados para trasladar bienes culturales, tanto en el interior de un país como en dirección a otro país, en orden a su mejor protección.

la protección de los bienes culturales (artículo 15). En todo caso, los objetos o personas beneficiados de la protección deberán estar debidamente identificados con el emblema de la convención (artículos 16 y 17).

Por su parte, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en la Convención de La Haya<sup>100</sup>, el artículo 53 del Protocolo Adicional I prohíbe: la comisión de actos de hostilidad contra los monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos; utilizar tales bienes en apoyo del esfuerzo militar; y hacer objeto de represalias a tales bienes. En este contexto, el artículo 85.4, letra d, dispone que el hecho de dirigir un ataque a los bienes indicados causando extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la parte adversa del apartado b del artículo 53 y cuando tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares, implicará la comisión de una infracción grave.

En otro orden de cosas, cabe señalar la reserva contenida en el artículo 4.2 y que puede ser limitativa de cualquier medida de protección sobre los bienes culturales incluidos en la esfera de la protección general (las reservas relativas a los bienes bajo protección especial aparecen contempladas en los apartados 1 y 2 del artículo 11). El citado precepto dispone que las obligaciones de respeto a los bienes culturales “no podrán dejar de cumplirse más que en el caso de que una necesidad militar impida de manera imperativa su cumplimiento”.

El propio convenio dispone que el cumplimiento de los compromisos derivados de sus disposiciones incumbe a los Estados parte, adoptando las medidas pertinentes (en este sentido, sirven a modo de ejemplo, los artículos 3, 4, 7 y 25). Asimismo, el artículo 28 viene referido a las sanciones, así: “las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar, dentro del marco de su sistema de derecho penal, todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la presente Convención”. A partir del texto transcrito se establece el carácter general del precepto en cuestión, pues dispone el principio —general— de que no pueden infringirse o violarse de manera impune los compromisos adquiridos relativos a las medidas de protección de los bienes culturales.

---

<sup>100</sup> Junto al sistema general de protección, debe tenerse presente que la convención dispone un sistema de protección especial: los bienes culturales bajo protección especial gozarán de inmunidad; dichos bienes o sus proximidades inmediatas no podrán ser utilizados con fines militares ni podrán ser objeto de cualquier acto de hostilidad (artículo 9). Para colocarse bajo protección especial determinados refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, de centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles deberán concurrir las siguientes condiciones: tratarse de un objeto “de importancia muy grande” (artículo 8.1); no ser “utilizados para fines militares” (artículo 8.1, letra b), encontrarse “a suficiente distancia de un gran centro industrial o de cualquier objetivo militar importante considerado como punto sensible” (artículo 8.1, letra a) y estar inscrito “en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial” de la UNESCO (artículo 8.6). Se trata, pues, de un sistema cuya aplicación viene dada sobre un número limitado de bienes.

## **2. Los bienes de carácter civil de la parte adversa**

El artículo 613.1 del Código Penal también dispone que: “Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] b) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la Parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario”<sup>101</sup>.

En los conflictos armados es necesario salvaguardar los bienes de carácter civil, en tanto que no son objetivos militares, entendiéndose que “los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida” (artículo 52.2 del Protocolo Adicional I). Por tanto, los bienes civiles no deben ser objeto de ataques (artículos 52.1 del Protocolo Adicional I y 4.4 del Convenio de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado). En conformidad con el artículo 85.3, letra b, del citado protocolo, se entenderá que existe una infracción grave cuando se produzca un ataque indiscriminado que afecte a bienes civiles a sabiendas de que tal ataque causará daños excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista (artículo 57.2, letra a, tercer párrafo del Protocolo Adicional I).

El Reglamento anexo al cuarto Convenio de 1907, sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, contiene algunas normas que, por una parte, contribuyen a la protección de los bienes culturales indirectamente y, por otra, designan de manera expresa dicha protección. Entre las primeras, de carácter indirecto, que versan sobre la protección de los bienes civiles en general, y por extensión protegen los bienes culturales, cabe citar las siguientes: prohibición de destruir o apoderarse de las propiedades enemigas; prohibición de bombardear, por cualquier medio que sea, ciudades, pueblos, casas o edificios que no estén defendidos; y prohibición de entregar al pillaje una población o localidad, aunque sea tomada por asalto (artículos 47, 23, 25 y 28).

## **3. El hacer padecer hambre a las personas civiles como método de combate prohibido: los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil**

Otro de los preceptos que formula el artículo 613.1 del Código Penal consiste en: “Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] c) Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para

---

<sup>101</sup> El artículo 8.2, letra a, del Estatuto de la CPI tipifica: la destrucción y la apropiación de bienes, injustificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

la supervivencia de la población civil, salvo que la Parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus Fuerzas armadas”<sup>102</sup>.

El artículo 54 del Protocolo Adicional I, tras disponer la protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (“queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles”), enuncia en su apartado 2 una serie de bienes, sin carácter exhaustivo, susceptibles de ser considerados como tales: los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego. Por consiguiente, el artículo 54.2 del protocolo prohíbe atacar, destruir, sustraer o utilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la parte adversa, sea cual fuere el motivo; ya sea para hacer padecer de hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito. No obstante, los bienes indicados en el párrafo precedente dejarán de estar protegidos cuando sean utilizados exclusivamente como medios de subsistencia para los miembros de las fuerzas armadas o cuando se utilicen en apoyo directo de una acción militar (artículo 54.3 del Protocolo Adicional I).

#### **4. Las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas**

A continuación se reproduce otro de los enunciados del artículo 613.1 del Código Penal: “Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] d) Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo”.

El artículo 56.1 del Protocolo Adicional I incluye en el ámbito de las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica. Estas obras o instalaciones no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar pérdidas importantes en la población civil.

Sin embargo, en atención al apartado 2 de este precepto, la protección de estas obras o instalaciones cesará: para las presas y diques cuando se utilicen para funciones distintas de aquellas a que normalmente están destinados y en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares; y para las centrales nucleares de energía eléctrica cuando las mismas suministren corriente eléctrica en apoyo regular, importante y directo

---

<sup>102</sup> El artículo 8.2, letra b, del Estatuto de la CPI tipifica: hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionadamente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra.

de operaciones militares. Por su parte, el artículo 85.3, letra c, del citado instrumento convencional dispone la consideración de infracción grave para dichos ataques cuando estos causen muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes civiles, que sean excesivos en el sentido del artículo 57.2, letra a, del propio protocolo.

## 5. Los actos de pillaje

Finalmente, el artículo 613.1 del Código Penal indica que: “Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] e) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje”.

El Derecho Internacional ha regulado la apropiación y utilización tanto de la propiedad pública como de la privada en caso de conflicto armado. El Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra dispone en su artículo 16.2, *in fine*, la obligación para los Estados partes de proteger a las “personas expuestas a graves peligros, y para ampararlas contra saqueos y malos tratos” (el artículo 33.2 dispone la prohibición del saqueo) y prohíbe expresamente a la potencia ocupante la destrucción de bienes muebles e inmuebles pertenecientes a particulares, agrupaciones sociales o cooperativas —propiedad privada— (artículo 46 del Reglamento de La Haya de 1907) y al Estado u organismos públicos —propiedad pública—, “salvo en los casos en que tales destrucciones las hicieren necesarias las operaciones bélicas” (artículo 53 del convenio). La propiedad privada inmueble enemiga no puede ser apropiada (artículo 46). Todos los bienes inmuebles privados confiscados y enajenados por la potencia ocupante no otorgarán, ni transmitirán, al adquirente derecho alguno sobre los mismos.

Según los artículos 46 y 47 del Reglamento de La Haya, “la propiedad privada no puede ser confiscada”, estando “prohibido formalmente el pillaje” o apropiación individual de bienes muebles privados (por ejemplo, títulos, cheques, dinero en metálico [artículo 97 del cuarto convenio]); es decir, la propiedad privada personal que no pueda servir como material de guerra no podrá ser secuestrada. Por tanto, todo tipo de propiedad mueble privada susceptible de ser utilizada como material de guerra podrá ser secuestrada y utilizada con fines militares por la potencia ocupante (armas, municiones, etc.); ahora bien, finalizado el conflicto armado deberá ser devuelta a su propietario, amén de pagársele una compensación (artículo 53 del reglamento).

El artículo 52 del Protocolo Adicional I dispensa una protección general sobre los bienes de carácter civil. Tendrán carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares, entendiendo por estos últimos “los objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”. En el supuesto de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, según el apartado 3 del precepto indicado, se presumirá que no se utiliza con tal fin.



## VI. Consideraciones finales

Primera. La inclusión de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado en los artículos 608 a 614 es una importante innovación llamada a llenar el vacío jurídico existente en la legislación penal común de nuestro ordenamiento jurídico; si bien este vacío estaba mitigado parcialmente por la legislación penal militar. En todo caso, cabe señalar que dicha innovación implica un cambio en la política legislativa estatal en la materia, pues, el Código Penal de 1995 es el primer intento serio de incriminación en el derecho interno español de las violaciones perpetradas contra las disposiciones del Derecho Internacional humanitario. Así, los citados artículos, junto con los preceptos dispuestos en el Código Penal Militar, constituyen el núcleo básico de la plasmación del Derecho Internacional humanitario en el ordenamiento jurídico del Estado español.

Segunda. Desde el punto de vista técnico penal, cabe advertir las siguientes circunstancias respecto a la tipificación contenida en los artículos 609 a 614 del Código Penal.

En primer lugar, en los preceptos indicados se recogen una serie de delitos en particular sin tener presente el denominado *criterio de clasificación* (afinidades y semejanzas de los delitos), es decir, por sí solo el bien jurídico es insuficiente para realizar una clasificación y, por ello, hay que tener presente también el objeto sobre el que recae la acción, el medio empleado para la comisión del delito y demás modalidades del tipo que trascienden a la antijuricidad de la conducta<sup>103</sup>. La consecuencia que se deriva de tal circunstancia es que los tipos delictivos contenidos en los artículos 609 a 614 constituyen un *tótem revolútum* de los delitos contra las personas; de esta forma, a título de ejemplo, el artículo 611 en su apartado 2 contempla un tipo de delitos patrimoniales sin enriquecimiento, mientras otros tipos aparecen recogidos en el artículo 613, y en el apartado 6 estipula un tipo de delitos contra la integridad moral, mientras otros aparecen dispuestos en los artículos 609 y 612.3. Por consiguiente, lo más acertado hubiera sido agrupar los tipos delictivos en conformidad con los delitos contra la vida humana, contra la salud y la integridad corporal, contra la libertad, la integridad moral, la libertad sexual, contra la intimidad, contra el honor, etc. y no dispersar los bienes jurídicos protegidos a lo largo del articulado.

En segundo lugar, el legislador ha optado por utilizar normas penales de naturaleza incompleta y la técnica de la remisión a las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales del Derecho Internacional humanitario, comportando tal circunstancia, desde la perspectiva del principio de legalidad, la posibilidad de generar situaciones de error. Asimismo, la referida técnica conlleva que los instrumentos propios del Derecho Internacional humanitario sean fundamentales a la hora de interpretar y aplicar los tipos delictivos estipulados en los artículos 609 a 614 del Código Penal.

En tercer lugar, en los tipos contenidos en los artículos 609, 610, 611 y 612 el legislador ha determinado un concurso ideal, pues los posibles problemas concursales de los tipos delictivos de dichos artículos con otros delitos comunes del Código

---

<sup>103</sup> Cfr. José M<sup>a</sup>. Rodríguez Devesa (1977): *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid: 8.



Penal (por ejemplo, homicidio, lesiones o daños) se resuelven sobre la base de la especificación de que la pena contemplada para las conductas delictivas previstas en los citados preceptos no tiene nada que ver con la pena que corresponda por los resultados producidos.

En cuarto lugar, y en conformidad con los artículos 13 y 33 del Código Penal, los tipos delictivos contenidos en los artículos 609 a 613 han sido sancionados con penas graves y, por ello, se trata de delitos graves. En este ámbito, el legislador estatal no solo contempla las infracciones graves previstas en los Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I, sino que también ha elevado a la categoría de delitos graves algunas simples infracciones o actos contrarios a las disposiciones del Derecho Internacional humanitario, tales como por ejemplo las conductas delictivas tipificadas en el apartado 2 del artículo 611, y en los apartados 3, 5 y 7 del artículo 612, entre otros.

Tercera. La tipificación contenida en el Código Penal Militar de las conductas delictivas previstas en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 era insuficiente y, por ello, de conformidad con el principio de tipicidad, el Código Penal de 1995 plasma, en los artículos 609 a 614, los delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado, incorporando como delitos comunes numerosas conductas tipificadas como delitos especiales en los artículos 69 a 78 del Código Penal Militar, tales como la utilización de los métodos y medios de combate prohibidos, las torturas y los tratos inhumanos, la deportación, la segregación racial, la demora injustificada en la liberación o repatriación, los castigos colectivos por conductas individuales, los atentados contra las denominadas zonas protegidas, el pillaje, el despojo, etc. La incorporación al Código Penal, en conformidad con el Derecho Internacional humanitario, de las conductas delictivas previstas en los artículos 609 a 614 ha propiciado un mayor desarrollo de dichas conductas en relación con lo previsto por el Código Penal Militar.

La entrada en vigor del Código Penal no conlleva la derogación de las normas estipuladas en el Código Penal Militar, pues estas serán de aplicación cuando las conductas delictivas sean perpetradas por militares, no siendo susceptibles de aplicarse a estos las disposiciones contenidas en el Código Penal. Por consiguiente, el Código Penal incorpora como delitos comunes numerosas conductas tipificadas como delitos especiales en los artículos 69 a 78 del Código Penal Militar.

# **Los ataques contra la población civil como crimen internacional**

**EVA MONTORO MORATE**

**Investigadora de la Cátedra Jean Monnet de Integración Europea  
Miembro del grupo de investigación sobre  
Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial  
Universidad de Lleida  
Técnica de la coordinadora de ONG de Lleida**

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Marco jurídico de los conflictos armados: 1. Derecho Internacional humanitario; 2. La prohibición de dirigir ataques contra la población civil como reflejo normativo del principio de distinción; 3. El principio de proporcionalidad. III. La prohibición del uso deliberado del terror: 1. Aproximación al concepto; 2. Régimen jurídico de la prohibición de los ataques que tienen como principal finalidad sembrar el terror entre la población civil: 2.1. Derecho Internacional humanitario; 2.2. Derecho Internacional penal. IV. El crimen de terror: 1. Los elementos del crimen a la luz de la jurisprudencia internacional: 1.1. Elementos comunes; 1.2. Elementos específicos; 2. Apunte sobre el terror en Iraq. V. Consideraciones finales.

## **I. Introducción**

A pesar del desarrollo progresivo del marco jurídico internacional e interno aplicable a los conflictos armados, especialmente el Derecho Internacional humanitario y el Derecho Internacional relativo a los derechos humanos existe un grave empeoramiento de la situación de la población civil afectada por la existencia de conflictos armados. No solo se han multiplicado el número y la gravedad de los ataques directos, sino que los medios y los métodos utilizados en estos ataques han sido modificados y adaptados para causar más y más profundos daños e, incluso a través de las técnicas de modificación del medio ambiente o del uso de determinados armamentos, estos daños pueden alargar sus efectos durante mucho tiempo después de que se haya alcanzado la paz.

De este modo, la población civil se ha convertido en la principal víctima de los conflictos<sup>1</sup>. El primer Informe del secretario general de las Naciones Unidas cs sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, identifica los principales riesgos y amenazas a los que a los que estos se ven sometidos<sup>2</sup>, con independencia de la naturaleza internacional o interna del conflicto. Así, en lo que respecta a los ataques contra civiles, afirmaba: “en muchos de los conflictos armados actuales, las víctimas civiles y la destrucción de la infraestructura civil no son simples secuelas de la guerra sino el resultado de ataques deliberados contra no combatientes”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Naciones Unidas (1999): primer “Informe del secretario general de las Naciones Unidas al cs sobre la protección de los civiles en los conflictos armados”, 8 de septiembre de 1999 [en línea en <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=S/1999/957&Lang=S&Area=UNDOC>, citado, 27 may 12]. Desde entonces el secretario general ha emitido ocho informes más. Además, el cs decidió establecer un Grupo de Expertos sobre la protección de los civiles (Cfr. Oxfam International [2011]: “International protection of civilians in 2010 facts, figures, and the UN Security Council’s response”, 147 Oxfam Briefing Paper [en línea en <http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/protection-of-civilians-in-2010-09052011-en.pdf>, citado 27 may 12]; Sonia Güell Peris [2005]: *Conflictos armados internos y aplicabilidad del Derecho Internacional humanitario. El conflicto armado interno como situación de hecho*, Madrid: Dykinson: 73-114 [en línea en <http://vlex.com/vid/321461>, citado 27 may 12]; Human Rights Watch (2011): “World Report 2011” [en línea en <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/wr2011.pdf>, citado 27 may 12]).

<sup>2</sup> Otros riesgos y amenazas a los que se exponen las poblaciones civiles en caso de conflicto armado contemplados en dicho informe se describen a continuación. En primer lugar, el desplazamiento forzado y hace hincapié en la situación de vulnerabilidad extrema de los refugiados y desplazados internos que en el año 1999 ascendían a 30 millones de personas de las que únicamente 13 200 000 eran refugiados. La cifra no mejora, ya que en el año 2010 el informe del ACNUR “Tendencias Globales 2010” cifra en 43 700 000 los desplazados forzados en todo el mundo, la cifra más alta de los últimos quince años. De estas: 15 400 000 eran refugiados; 10 550 000 estaban bajo la responsabilidad del ACNUR; 4 820 000 eran refugiados palestinos bajo el mandato del Organismo de Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados Palestinos en Oriente Medio (UNRWA, por sus denominación en inglés, United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East); 837 500 solicitantes de asilo; y 27 500 000 de desplazados internos (ACNUR [2011]: “Tendencias Globales 2010”, Relief web: 3 [en línea en [http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Informe\\_completo\\_84.pdf](http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Informe_completo_84.pdf), citado 27 may 12]). En segundo lugar, la confusión entre personas combatientes y civiles y la pérdida de la naturaleza exclusivamente civil de los campamentos de refugiados y desplazados, hecho que contribuye a el desvío de la ayuda de emergencia a facciones beligerantes. En tercer lugar, los problemas exclusivos que afectan a los grupos de la sociedad más vulnerables: niños y niñas (el informe presenta cifras de muertes y heridos de alrededor de seis millones de heridos y discapacitados y dos millones de muertes, entre otras); mujeres (uso de las violaciones como arma de guerra, entre otras). En cuarto lugar, los obstáculos a la asistencia humanitaria y al acceso del personal humanitario. En quinto lugar, la violencia dirigida al personal de socorro y de mantenimiento de la paz. En sexto lugar, la disponibilidad generalizada de armas pequeñas y ligeras y la utilización constante de minas antipersonas, cuyo uso en zona de conflicto armado actúa como multiplicador de la violencia. En séptimo lugar, los efectos negativos de las sanciones (cfr. doc. cit. Naciones Unidas (1999): primer “Informe del secretario general de las Naciones Unidas al cs sobre la protección de los civiles en los conflictos armados”, 8 de septiembre de 1999). En definitiva, estos riesgos y amenazas se clasifican en tres categorías: la existencia de lagunas en las normas del derecho humanitario (o la negativa de los Estados y otras facciones a asumir las que ya existen); los nuevos métodos de combate (el uso de jércitos privados o nuevos armamentos, entre otros); y los que provienen de la voluntad política de los Estados para cumplir con las exigencias del Derecho Internacional humanitario, la asistencia y el deber de protección a las poblaciones civiles (Antoni Pigrau Soler [2008]: “Guerra i pau: l’evolució del dret internacional”, Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans, Departament d’Interior Relacions Institucionals i Participació, Generalitat de Catalunya, Documento de trabajo 3: 38-42).

<sup>3</sup> Naciones Unidas (1999): primer “Informe del Secretario General de las Naciones Unidas al cs sobre la protección de los civiles en los conflictos armados”, 8 de septiembre de 1999: 2.

Al cabo de más de diez años, ocho informes del secretario general, cuatro revisiones del *aide-mémoire*<sup>4</sup>, y otras tantas declaraciones de la Presidencia del cs, “los civiles siguen constituyendo la vasta mayoría de las bajas, y continúan siendo el blanco y el objeto de atentados indiscriminados, así como de otras infracciones cometidas por las partes involucradas en los conflictos. Al cabo de 10 años, persiste la necesidad de que el Consejo de Seguridad y los Estados Miembros refuercen aún más la protección de los civiles”<sup>5</sup>.

Esta preocupación generalizada en la comunidad internacional por la situación agravada de este problema ha propiciado una declaración de la Presidencia del cs. En efecto, en la 5 898.<sup>a</sup> reunión del cs, celebrada el 27 de mayo de 2008, en relación con su examen del tema titulado “Protección de los civiles en los conflictos armados”, dicha Presidencia formuló la siguiente declaración en nombre del Consejo:

Tras las consultas celebradas entre los miembros del Consejo de Seguridad, se me ha autorizado a formular la siguiente declaración en nombre del Consejo:

“El Consejo de Seguridad reafirma su compromiso con la aplicación íntegra y efectiva de sus resoluciones sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, y recuerda anteriores declaraciones formuladas por su Presidencia.

[...] expresa profunda preocupación ante el hecho de que los civiles sigan constituyendo la mayoría de las víctimas de los actos de violencia cometidos por las partes en los conflictos armados, como consecuencia de los ataques dirigidos deliberadamente contra ellos, el uso de la fuerza indiscriminado y excesivo y la violencia sexual y basada en el género. El Consejo de Seguridad condena todas las violaciones del Derecho Internacional, incluidos el Derecho Internacional humanitario, el derecho relativo a los derechos humanos y el derecho de los refugiados, cometidas contra civiles en situaciones de conflicto armado.

[...] El Consejo de Seguridad vuelve a destacar la responsabilidad de los Estados de cumplir sus obligaciones pertinentes de poner fin a la impunidad y enjuiciar a los res-

---

<sup>4</sup> Se trata de un instrumento informativo práctico que sirve de base para mejorar el análisis y el diagnóstico de los problemas fundamentales relativos a la protección de los civiles al Consejo y otros órganos de las Naciones Unidas. Su cuarta redacción fue aprobada por la declaración de la Presidencia del cs de 22 de noviembre de 2010 [en línea en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/prst/2010/25>, citado 27 may 12]. En él se establece una especie de catálogo de medidas para cada uno de los cinco aspectos relativos a los civiles y los conflictos armados identificados. En primer lugar, las cuestiones generales relativas a la protección de poblaciones afectadas por conflictos: la protección y asistencia a las poblaciones afectadas por conflictos; el desplazamiento forzado de personas; el acceso de la asistencia humanitaria y seguridad de los trabajadores humanitarios; la conducción de las hostilidades: la protección de la población civil mediante el control de las armas pequeñas y ligeras ilícitas, minas y restos explosivos de las guerras (incluyendo las minas antipersonas, o los restos de armamentos como las bombas de racimo); la protección de los civiles mediante el cumplimiento de las normas, la rendición de cuentas y el Estado de derecho. Medidas dirigidas a preservar la labor de los medios de comunicación. En segundo lugar, los temas relativos a mejorar la situación de los grupos de población vulnerables necesitados de especial protección: niños y mujeres.

<sup>5</sup> Naciones Unidas (2009): “Informe del secretario general sobre la protección de los civiles en los conflictos armados”, 29 de mayo de 2009: 6 [en línea en <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=S/2009/277&Lang=E&Area=UNDOC>, citado 27 may 12].

ponsables de los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las violaciones graves del Derecho Internacional humanitario”<sup>6</sup>.

Este empeoramiento de la situación de los civiles en caso de conflicto armado es atribuido a múltiples causas. Sin embargo, el Secretario General hace hincapié en la asimetría de los conflictos armados actuales como causa principal, si atendemos a los efectos, de este tipo de conflictos, motivo por el que la distinción entre combatientes y civiles se hace aún más borrosa y, por consiguiente, resulta más fácil recurrir a estrategias de acción militar que van en contra del derecho internacional humanitario.

Según el citado informe del Secretario General: “El riesgo para la población civil se intensifica cuando las partes con superioridad militar, al combatir a un enemigo difícil, cuando no imposible, de identificar, responden con métodos y medios bélicos que a veces contravienen los principios de distinción y proporcionalidad, de lo cual, una vez más, los civiles soportan los peores efectos”<sup>7</sup>.

## II. Marco jurídico de los conflictos armados

El marco jurídico aplicable a las situaciones de conflicto armado en lo referente a la protección de los civiles se compone del “Derecho Internacional humanitario, el Derecho Internacional penal, el derecho relativo a los derechos humanos y el derecho sobre los refugiados”<sup>8</sup>. El Derecho Internacional humanitario, los derechos humanos y el derecho sobre los refugiados comparten un mismo objetivo: proteger a la persona con base en el principio de la dignidad humana<sup>9</sup>. Así lo ha ratificado la CIJ, al afirmar: “It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and “elementary considerations of humanity. [...] The Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war”<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Cs (2008): “Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad”, 5 898.ª sesión, 27 de mayo de 2008 [en línea en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/PRST/2008/18>, citado 27 may 12].

<sup>7</sup> Naciones Unidas (2009): “Informe del Secretario General sobre la protección de los civiles en los conflictos armados”, 29 de mayo de 2009: 7. Resulta interesante, para estudiar en profundidad la tipología variada de conflictos armados, la monografía de Luc Reydam (2006): “À la guerre comme à la guerre: tipos de conflictos armados, respuestas del derecho humanitario y nuevos desafíos”. *International Review of the Red Cross*, 864, [en línea en [http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc\\_864\\_reydams.pdf](http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_864_reydams.pdf), citado 27 may 12].

<sup>8</sup> Naciones Unidas (2005): “Informe del secretario general sobre la protección de los civiles en los conflictos armados”, 28 de noviembre de 2005 [en línea en <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=S/2005/740&Lang=S&Area=UNDOC>, citado 27 may 12].

<sup>9</sup> Junto al principio de distinción, la AG reconoce la vigencia de los derechos humanos aceptados por el Derecho Internacional, el principio de protección y establece ámbitos de exclusión materiales, geográficos y humanos respecto de las operaciones militares (Cfr. las resoluciones de la AG a este respecto [en línea en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/353/36/IMG/NR035336.pdf?OpenElement>, citado 27 may 12]).

<sup>10</sup> CIJ (1996): “Case concerning legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 240 y 257.

Otros autores, especialistas en Derecho Internacional humanitario, como Yves Sandoz, lo hacen en los términos siguientes: “en ce qui concerne l’objectif, c’est celui de préserver la vie et l’intégrité des victimes de la guerre”<sup>11</sup>.

En la actualidad, existen dos corrientes: los integracionistas y los separatistas, de acuerdo con la posición de fusión o ruptura entre el Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho Internacional humanitario. Siguiendo la realidad de los conflictos armados y la opinión de la CIJ, entre otros pronunciamientos, parece que por ahora se imponen las ideas integracionistas aunque posean orígenes y mecanismos de supervisión diferentes; en opinión de Cançado Trindade la práctica está repleta de ejemplos: “tal aproximación o convergencia se ha manifestado en los planos normativo, hermenéutico y operativo. Su consecuencia más directa es la tendencia alentadora de fortalecer el grado de protección de la persona humana”<sup>12</sup>.

En definitiva, existe una relación de complementariedad en cuanto al ámbito normativo y, en ocasiones, un funcionamiento subsidiario entre el Derecho Internacional humanitario y el de los refugiados respecto los derechos humanos; por tanto, en el ámbito de la aplicación el derecho de los refugiados y el Derecho Internacional humanitario funcionan como *lex specialis*: “No obstante lo mencionado, diremos dos cosas: por una parte, que en los hechos, las normas del DIH y del DIR al igual que las relativas al DIDH pueden coincidir en cuanto a sus contenidos; y por otro lado, es posible evidenciar una relación de subsidiariedad entre el DIH y el DIR con respecto al DIDH, toda vez que cuando las circunstancias especiales del caso lo requieran habrá que darle aplicación a los derechos especiales y no al DIDH”<sup>13</sup>.

## 1. Derecho Internacional humanitario

En el Derecho Internacional humanitario<sup>14</sup>, los principios ocupan un lugar preeminente puesto que representan un estándar de aplicación mínima en cualquier ocasión,

---

<sup>11</sup> Yves Sandoz (1991): “Pertinence et permanence du droit international humanitaire” en Astrid J. M. Delissen y Gerard J. Tanja (eds.): *Humanitarian law of armed conflict challenges ahead. Essays in honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht-Londres: Martinus Nijhoff: 33.

<sup>12</sup> Thomas Buergenthal y Antonio Cançado Trindade (1996): “Derecho Internacional de los derechos humanos, Derecho Internacional de los refugiados y Derecho Internacional humanitario: aproximaciones y convergencias” San José (Costa Rica): 63-128: Luís Díaz Müller: “El Derecho Internacional humanitario y los derechos humanos en el siglo xxi” [en línea en [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/DM.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/DM.pdf), citado 27 may 12].

<sup>13</sup> Nahuel Oddone y Leonardo Granato: “Derecho Internacional humanitario, Derecho Internacional de los derechos humanos y derecho de los refugiados: la lógica de su existencia”, Centro Argentino de Estudios Internacionales, programa de Derecho Internacional [en línea en <http://www.caei.com.ar/es/programas/di/d10.pdf>, citado 27 may 12].

<sup>14</sup> Las fuentes del Derecho Internacional humanitario, como en el resto de sectores del Derecho Internacional, son los tratados internacionales, la costumbre y los principios generales. Si bien en este sector hay que reconocer el papel tan relevante que ha adquirido la costumbre como fuente originaria, y los principios como instrumento interpretativo y coadyuvante en la aplicación del Derecho Internacional humanitario. Siguiendo este razonamiento resulta imprescindible obviar el trabajo realizado por las Naciones Unidas, especialmente a partir de la Resolución 2444 (XXIII) de la AG, de 19 de diciembre de 1968, sobre el respeto

motivo por el cual los Estados y otros agentes que participan en los conflictos armados rehúyen el reconocimiento de esos principios.

La profesora Abellán Honrubia, ha constatado la predisposición a eludir o a desconocer la aplicación de los Convenios de Ginebra y otros instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. El ejemplo más claro de este hecho es la argumentación legal según la cual habría estado dentro de las atribuciones del presidente Bush la facultad de suspender el Convenio de Ginebra sobre el trato debido a los prisioneros de guerra, la ausencia de difusión e información de los Convenios de Ginebra en los lugares de detención, en las cárceles, o entre las fuerzas armadas y demás personal militar, según demuestra el informe del general Antonio Taguba<sup>15</sup>.

En palabras de Rosemary Abi-Saab:

since participation in the Geneva Conventions is virtually universal. The problem is extremely acute and efforts have been made to determine whether the obligation to respect humanitarian law (and hence condemnation of its violations) might not derive from the existence and recognition of "general principles" which would be binding in all circumstances, whether or not the States concerned were party to the Conventions and whether or not there were any doubts as to the applicability of the Conventions<sup>16</sup>.

Más contundente resulta el profesor Pictet cuando dice textualmente: "los diplomáticos han descubierto el partido que puede sacarse de textos prolijos, complejos y oscuros, algo así como los militares se rodean de sustancias fumígenas en el campo de batalla. Es una vía de facilidad, que encubre los problemas de fondo y hace temer

de los derechos humanos en los conflictos armados, en la que se afirman los principios fundamentales (limitación de medios y modos de la acción hostil, protección de la población civil y principio de distinción) del Derecho Internacional aplicable en los conflictos armados. Los principios, al aplicarse en todo tiempo y lugar, no están sometidos a la reciprocidad y su incumplimiento no permite al resto de partes, no legítima al otro para desvincularse (cfr. Julio J. Urbina [2000]: *Protección de las víctimas de los conflictos armados*, Naciones Unidas y Derecho Internacional humanitario, Valencia: Tirant lo Blanch: 165.

<sup>15</sup> Cfr. Victoria Abellán Honrubia (2005): "Infracciones graves a los Convenios de Ginebra de Guantánamo a Abu Ghraib" en Calflish Lucius et al. (coords.): *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid: 256; Antonio M. Taguba (2004, 12 mar): "Informe del general Antonio Taguba sobre malos tratos a prisioneros iraquíes" [en línea en <http://www.laondadigital.com/laonda/LaOnda/Documentos/Informe%20del%20Gral%20Antonio%20Taguba%20sobre%20torturas%20a%20prisioneros%20iraquies.htm>, citado 27 may 12].

<sup>16</sup> Rosemary Abi-Saab (1987): "The "general principles" of humanitarian law according to the International Court of Justice". *International Review of the Red Cross*, 27: 367. Para John Rawls se trataba de límites: "Peoples are to observe certain specified restrictions in the conduct of war" (John Rawls [2002]: *The law of peoples: with the idea of the public reason revisited*, Cambridge: Harvard University Press: 37). Estos principios no tienen como objetivo sustituir a las normas convencionales sino todo lo contrario, las complementan sirviendo de guía para su aplicación (Jean Pictet [1986]: "Desarrollo y principios del Derecho Internacional humanitario", CICR [en línea en [http://www.ikrk.org/spa/resources/documents/misc/desarrollo\\_y\\_principios.htm](http://www.ikrk.org/spa/resources/documents/misc/desarrollo_y_principios.htm), citado 27 may 12]). Además Pictet explicaba: "In International Humanitarian Law, as in every other juridical sphere, principles are of capital importance. They motivate the whole; they offer solutions to unforeseen cases by extrapolation they contribute to fill in gaps and they assist its future development by indicating the course which should be followed" (Jean Pictet [1975]: *Humanitarian law and the protection of war victims*, Leyden [Ginebra]: Henry Dunant Institute: 28).



que la letra prevalezca sobre el espíritu. Por consiguiente, es más necesario que en el pasado liberar, de esta masa amorfa, textos sencillos, claros y concisos”<sup>17</sup>.

Para el profesor Pictet, los principios constituyen el verdadero fundamento del Derecho Internacional humanitario, y señala cuatro grandes categorías de los mismos de las que derivan principios de aplicación concretados en obligaciones jurídicas de naturaleza convencional o consuetudinaria.

La primera de estas categorías se corresponde con los principios fundamentales, que se basan en hacer compatible el respeto por la dignidad humana con el uso de la fuerza (ya sea en el caso de conflicto armado internacional o interno, ya sea para el mantenimiento del orden público en un plano estatal). Dentro de esta clase de principios hallamos: el principio de derecho humanitario en cuya raíz está la prohibición de causar males desproporcionados; el principio del derecho a la guerra consistente en limitar los métodos y medios de combate de las partes; y finalmente el principio del derecho de Ginebra, enunciado en que las personas que no participan directamente en los combates deben ser respetadas protegidas y tratadas con humanidad: “Il a deux branches: le droit de Genève et le droit de La Haye. Le droit de Genève tend a sauvegarder les militaires qui se rendent —ils deviennent prisonniers de guerre— et les militaires hors de combat —soit les blessés, malades et naufragés— ainsi que les personnes qui ne participent pas aux hostilités soit les civils. Quant au droit de La Haye, ou droit de la guerre, il fixe les droits et devoirs des belligérants dans la conduite des opérations et limite le choix des moyens de nuire”<sup>18</sup>.

En cuanto a la segunda categoría, es la que incluye los principios comunes, es decir, aquellos que actúan en los ámbitos del derecho humanitario y de los derechos humanos. Están basados en inviolabilidad del ser humano, esto es, los individuos tienen derecho al respeto de su vida, de su integridad física y moral y de los atributos inseparables de la personalidad. Son los principios de no discriminación y seguridad<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> *Op. cit.* Jean Pictet, 1986.

<sup>18</sup> Jean Pictet (1985): “La formation du droit international humanitaire”, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. LXVII: 3-4. En la misma línea de opinión se ha manifestado el profesor Best a raíz del debate sobre la manipulación de la exigencia del cumplimiento de los derechos humanos y del derecho humanitario entre los Estados, al afirmar “the he humbug element in all this is nauseating but at least the subject is kept alive, and even infamous States may sooner or later get hoist on their own humanitarian petards” (Geoffrey Best [1991]: “The restraint of war in historical and philosophical perspective” en Astrid J. M. Delissen y Gerard J. Tanja (eds.): *Humanitarian law of armed conflict challenges ahead. Essays in honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht-Londres: Martinus Nijhoff: 21. José L. Rodríguez-Villasante y Prieto divide de manera funcional los principios del Derecho Internacional humanitario en: básicos, comunes, de protección de las víctimas de la guerra y de conducción de las hostilidades (cfr. José L. Rodríguez-Villasante y Prieto *et al.* [2007]: *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia: Tirant lo Blanch: 66-72). Siguiendo su razonamiento algunos de los principios incluidos en estas categorías darán lugar a la obligación genérica por la que se prohíben los ataques contra la población y los bienes civiles, y de la que se desprenden otras obligaciones específicas, entre ellas la prohibición de los actos terroristas (cfr. Astrid J. M. Delissen y Gerard J. Tanja [eds.] [1991]: *Humanitarian law of armed conflict challenges ahead. Essays in honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht-Londres: Martinus Nijhoff: 21).

<sup>19</sup> Los principios de aplicación derivados de la inviolabilidad de la persona humana están formados por la inviolabilidad de las personas excluidas sobrevenidamente del combate, por la prohibición de la tortura, castigos corporales o tratos crueles o degradantes, por el reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos al honor, a los derechos familiares, costumbres y convicciones y el derecho a recibir asisten-

El tercer ítem de la clasificación hace referencia a los principios propios de las víctimas de los conflictos, que desarrollan el principio fundamental del derecho de Ginebra y se manifiesta en la asistencia humanitaria que no puede interferir en el conflicto. De él derivan los principios de aplicación siguientes: el personal humanitario debe abstenerse de participar en las hostilidades; el personal sanitario está protegido y no se le puede hacer responsable de realizar su labor. El principio de normalidad garantiza que las personas protegidas deben poder llevar una vida lo más normal posible. De este principio deriva el principio de aplicación por el que la cautividad no es un castigo sino un medio para mantener al adversario fuera de peligro. Del principio de protección se derivan los principios de aplicación siguientes: el prisionero no se encuentra bajo el poder de sus captores sino de la potencia a la que pertenecen; el Estado enemigo es el responsable de la suerte y del mantenimiento de las personas bajo su poder y, en caso de ocupación, del mantenimiento del orden y la vida públicos. Las víctimas de los conflictos serán proveídas de un protector internacional tan pronto como no tengan un protector natural<sup>20</sup>.

Los principios propios del derecho de la guerra son los que ocupan la última categoría. Estos desarrollan los principios de aplicación del principio fundamental del derecho de la guerra y están formados por tres categorías de obligaciones jurídicas de limitación:

- *en razón de la persona (ratione personae)*. Incuyen el principio de distinción entre civiles y combatientes, en la prohibición de atacar y usar el terror en contra de los civiles y en el deber de precaución;
- *en razón del lugar (ratione loci)*. Tienen el objetivo de delimitar las áreas o espacios en los que se desarrollen las hostilidades, por el que los ataques se han de dirigir a objetivos de naturaleza militar. Prohíben atacar localidades no defendidas, el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, así como el resto de bienes civiles, las instalaciones que pueden liberar sustancias peligrosas para los civiles o el uso de la población como escudos humanos. Incluyen, asimismo, la prohibición del pillaje.
- *en razón de las condiciones (ratione conditionis)*. Se trata de la plasmación del principio fundamental de proporcionalidad y se traduce en la prohibición de los ataques indiscriminados y de los métodos y armamentos que causen daños excesivos, la obligación de proteger el medio ambiente y la abolición de la hambruna como método de guerra, así como otros basados en la traición o la perfidia<sup>21</sup>.

---

cia y conocer el destino de su familia. Respecto a los principios de aplicación derivados del principio de seguridad, son el principio de responsabilidad, irrenunciabilidad y garantía ante procesos judiciales y la prohibición de represalias y de deportaciones (cfr. *op. cit.* Jean Pictet, 1986).

<sup>20</sup> Cfr. Jean Pictet (1973): *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerra*, Leyden (Ginebra): Henry Dunant Institute-Sijthoff International Publishing: 29-50.

<sup>21</sup> Cfr. *op. cit.* Jean Pictet, 1986; David Arce Rojas (2004): "Petroleum and the Humanitarian Law". *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 3: 278. El profesor Eric David comparte la división en tres categorías, coincidentes en los límites *ratione personae* y *ratione conditionis*, si bien considera que la tercera categoría se corresponde con la *ratione materiae*, debido a que vincula los lugares a la función específica que tienen

La CIJ, los resume en dos principios cardinales, el de distinción y el de proporcionalidad, en los que enmarca todas las obligaciones que de ellos derivan: “The cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law are the following. The first is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; [...]. According to the second principle, it is prohibited to cause unnecessary suffering to combatants”<sup>22</sup>.

En virtud de dicha caracterización, durante el transcurso de las hostilidades en pleno conflicto armado se producen actos ajustados al Derecho Internacional humanitario, aunque también pueden producirse actos prohibidos: “Il faut admettre que le DIH ne sera jamais parfaitement respecté. Des accidents de la circulation se produisent malgré le code de la route, des crimes malgré les codes pénaux. Comment espérer qu’il n’y aura pas d’accidents dans la tension des combats et la guerre en général). Le problème qui est général mais particulièrement évident dans le cadre du DIH, est que l’on parle surtout de ce droit quand il est violé”<sup>23</sup>.

En consecuencia, los actos que suceden en el transcurso de un conflicto armado se agrupan en: actos legítimos, no prohibidos por el Derecho Internacional humanitario no pueden bajo ninguna circunstancia ser constitutivos de un crimen de guerra; actos prohibidos por el Derecho Internacional humanitario que sin embargo no constituyen un crimen de guerra de acuerdo con el contenido de los instrumentos jurídicos relevantes; actos prohibidos por el Derecho Internacional humanitario que dan lugar a responsabilidad individual en el plano interno de los Estados o que generan responsabilidad en el marco del Derecho Internacional humanitario, pero que sin embargo no originan la responsabilidad penal individual internacional; y actos prohibidos por el Derecho Internacional humanitario que generan responsabilidad individual internacional y que pueden constituir crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, entre otros<sup>24</sup>.

---

para las poblaciones civiles (cfr. Eric David [1999]: *Principes de droit des conflits armés*, Bruselas: Bruylant: 219-261).

<sup>22</sup> Doc. cit. CIJ (1996): “Case concerning legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996”, Reports of judgments, advisory opinions and orders: 257.

<sup>23</sup> Op. cit. Yves Sandoz, 1991: 29. Cfr. Marco A. Velásquez-Ruiz (2009): “The principles of distinction and proportionality under the framework of international criminal responsibility”. *Colombia International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. XIV: 15-42.

<sup>24</sup> A este respecto, Gasser expone que “el recurso a medios y métodos ilícitos infringe el orden jurídico y, en circunstancias agravantes, puede ser enjuiciado como un crimen según el derecho nacional o como un crimen de guerra” (Hans Gasser [2002]: “Actos de terror, “terrorismo” y Derecho Internacional humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 847 [en línea en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5ted8g.htm>, citado 27 may 12]).

## 2. La prohibición de dirigir ataques contra la población civil como reflejo normativo del principio de distinción

Aunque los principios del Derecho Internacional humanitario tienen su reflejo en los Convenios de Ginebra, son los Protocolos Adicionales los que han desarrollado el alcance y contenido normativo de los principios de distinción y proporcionalidad<sup>25</sup>.

Jean Pictet, en una conferencia pronunciada en la Universidad de Ginebra, el 16 noviembre de 1984, resumía la importancia del paso dado por los Protocolos Adicionales de 1977 en la evolución del Derecho Internacional humanitario, especialmente en lo relativo a la protección de la población civil:

Après quatre ans de discussions très serrées et grâce au concours attentif de maintes délégations, deux Protocoles additionnels virent le jour. Dans le premier —et c'est l'œuvre maitresse— figure un impressionnant ensemble de normes protégeant la population civile et réglementant les bombardements aériens. Il contient tout d'abord une définition bienvenue de la population civile et de ses biens, par opposition aux militaires et aux objectifs militaires, qui seuls sont des cibles légitimes. Puis est confirmée expressément l'immunité générale dont bénéficie la population civile. On précise que celle-ci ne sera jamais frappée en tant que telle, et les bombardements dits de terrorisations sont prohibés, de même que les bombardements sans discrimination ou à titre de représailles, ce qui est un pas énorme en avant<sup>26</sup>.

Sobre el carácter consuetudinario de los principios de distinción y de proporcionalidad en el plano de los conflictos armados internacionales y, por consiguiente, de las obligaciones y prohibiciones que de él se derivan, hay un reconocimiento unánime entre la doctrina, mientras que se mantienen ciertas reticencias en lo referente a los conflictos armados internos. Sin embargo, la CIJ, en la opinión consultiva relativa al asunto sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares de 1996, afirmó la vigencia con carácter de “principios intransgredibles del Derecho Internacional consuetudinario”. Entre ellos, señaló los siguientes: la negación del derecho ilimitado de los Estados a elegir los medios de combate; la protección de la población y los bienes civiles; el principio de distinción entre combatientes y no combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares; la prohibición del uso de armas de efecto indiscriminado; y la prohibición de causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios a los combatientes<sup>27</sup>.

El Protocolo Adicional I representa un grado más en el desarrollo normativo relativo a la conducción de las hostilidades, los métodos y los medios de combate autorizados, y la protección debida a la población civil de naturaleza mixta (entre el derecho

<sup>25</sup> El protocolo I de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y el protocolo II referente a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Los dos son del 8 de junio de 1977 y han sido ratificados por España. Estos, no pretenden sustituir ni modificar, sino ampliar y complementar los básicos Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

<sup>26</sup> *Op. cit.* Jean Pictet (1985): 3-4.

<sup>27</sup> *Doc. cit.* CIJ (1996): “Case concerning legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 226.

de la Haya y el derecho de Ginebra). Las tres normas básicas sobre la conducción de las hostilidades se enuncian con gran claridad y se integran en un único tratado de alcance general<sup>28</sup>: según el artículo 35.1, “en todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado”; el artículo 35.2 dispone que “queda prohibido el empleo de armas, [...] y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos”; se especifica, en los artículos 48, 50 y 52 que las personas y los bienes civiles no deben ser objeto de ataques.

En el caso de los conflictos armados de carácter internacional el artículo 48 del Protocolo Adicional I de 1977 consagra el principio de distinción<sup>29</sup> que, junto al contenido de los artículos 50 y 51.2, establecen el ámbito personal y material de aplicación, entre ellos la prohibición de dirigir ataques contra la población civil, incluidos aquellos que tienen como objetivo sembrar el terror.

Respecto de los conflictos armados de carácter interno, el principio de distinción no se encuentra formulado expresamente en el Protocolo Adicional II, pero sí lo están algunas de las obligaciones derivadas de prohibir los ataques deliberados contra la población civil<sup>30</sup>, entre ellas la prohibición de aterrorizar a la población civil. En ambos casos hay autores que señalan la naturaleza consuetudinaria de los protocolos:

---

<sup>28</sup> René Kosirnik (1997): “Los Protocolos de 1977—un desarrollo necesario del Derecho Internacional humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 143: 515-539. Asimismo, es relevante la siguiente afirmación: “those legal instruments combined both branches of IHL (conduction of hostilities and protection to certain individuals and objects), creating a comprehensive vision of the law of armed conflicts, which notice the particularities of war, but at the same time purports for the protection of human dignity no matter the causes or mobiles for war to take place” (*op. cit.* Marco A. Velásquez-Ruiz, 2009: 23).

<sup>29</sup> Artículo 48 del Protocolo Adicional I: “A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”. Artículo 51.2 del Protocolo Adicional I: “No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil” (el Protocolo Adicional I puede consultarse en línea en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/protocolo1.htm> [citado 27 may 12]). El principio de distinción se encuentra recogido en múltiples instrumentos internacionales. La Declaración de Edimburgo, como expresión de la doctrina científica colectiva al más alto nivel, el IDI se pronunció sobre este tema, afirmando: “4. Il est interdit par le droit international en vigueur d’attaquer, au moyen d’armes, la population civile comme telle, ainsi que tous objets non militaires, notamment les habitations ou autres constructions qui abritent la population civile, à moins qu’ils ne soient employés à des fins militaires assez importantes pour justifier une action d’après la règle relative aux objectifs militaires énoncée au paragraphe 2; [...] 6. Sont interdites par le droit international en vigueur, sans préjuger la nature de l’arme utilisée, toutes les actions qui, à quelque titre que ce soit, sont destinées à semer la terreur dans la population civile” (IDI [1969]: Declaración de Edimburgo de 1969: “La distinction entre les objectifs militaires et non militaires en général et notamment les problèmes que pose l’existence des armes de destruction massive”, CIRC [en línea en <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/445?OpenDocument>, citado 27 may 12]).

<sup>30</sup> Este tema no es pacífico en la doctrina, puesto que parte de ella sostiene que no hay un reconocimiento expreso, porque no se incorpora el régimen de obligaciones derivadas que limitan los medios y métodos de combate de manera similar al Protocolo Adicional I (cfr. *op. cit.* Julio J. Urbina, 2000: 145-147). El Artículo 13.2 del Protocolo Adicional II establece que: “no serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil” (el Protocolo Adicional II puede consultarse en línea en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/protocolo2.htm> [citado 27 may 12]).

L'étude a confirmé de façon remarquable que la plupart des dispositions du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatives à la conduite des hostilités (articles 35-42 et 48-58) relevaient aujourd'hui du droit international humanitaire coutumier, soit que ces dispositions aient codifié des règles coutumières préexistantes, soit que ces dispositions, purement conventionnelles et contractuelles au moment de leur adoption, aient acquis le statut de règles coutumières au titre de la pratique ultérieure des États. Il n'y a pas vraiment lieu de s'en étonner. [...] C'est notamment le cas du principe de distinction, selon lequel les parties au conflit doivent faire en tout temps la distinction entre civils et combattants et ne diriger leurs attaques que contre ces derniers, de l'interdiction des actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile<sup>31</sup>.

Respecto de la naturaleza consuetudinaria de la prohibición de dirigir intencionalmente ataques contra la población civil, incluidos aquellos que tienen como finalidad principal sembrar el terror, conviene señalar:

L'étude permet de conclure que l'ensemble des dispositions de droit coutumier qui régissent la conduite des hostilités s'applique aussi bien aux conflits armés non internationaux qu'aux conflits armés internationaux. En d'autres termes, en ce qui concerne le droit applicable à la conduite des hostilités, les États acceptent en pratique que les mêmes règles s'appliquent aux conflits armés internationaux et aux conflits armés non internationaux. Les méthodes et moyens de combats qui sont prohibés lorsqu'il s'agit de combattre un ennemi extérieur ne peuvent être utilisés contre des nationaux, et ces règles s'appliquent aux insurgés aussi bien qu'aux forces gouvernementales<sup>32</sup>.

La Corte Constitucional de la República de Colombia ha resumido claramente en una sentencia de 2007 el arraigo y la imperatividad de la prohibición de causar víctimas civiles en los conflictos armados por lo tanto la prohibición del homicidio de civiles y personas fuera de combate constituye una de las garantías de más larga trayectoria en el Derecho Internacional humanitario<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> François Bugnion (2007): "Droit international humanitaire coutumier". *Revue Suisse de droit international et européen*, 2/2007: 23-25.

<sup>32</sup> "L'étude a confirmé de manière éclatante l'universalité du droit international humanitaire. Les auteurs ont consulté des sources provenant de toutes les parties du monde et étudié la pratique de différents États appartenant aux différents continents et aux différents systèmes juridiques, et choisis selon le principe d'une représentation géographique équitable; des experts provenant de tous les continents ont contribué à l'étude par leurs recherches et leurs travaux; mais surtout, l'étude démontre qu'à travers le droit coutumier, tous les États ont contribué au développement du droit international humanitaire contemporain" (*op. cit.* François Bugnion, 2007: 27). El estudio al que se refiere François Bugnion es el auspiciado por el CICR. (Cfr. Jean-Marie Henckaerts [2005]: *Customary international humanitarian law*, III vol., Cambridge: Cambridge University Press, vol. I, vol. II). Actualmente este estudio se ha transformado en una completa base de datos sobre las reglas consuetudinarias aplicables a los conflictos armados, y la práctica tanto en el plano estatal como internacional (CICR: "Customary International Humanitarian Law" [en línea en <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>, citado 27 may 12]).

<sup>33</sup> Dicha sentencia dice así: "La prohibición del homicidio de personas civiles y fuera de combate es una norma de *ius cogens* en sí misma. A este respecto debe recordarse que esta prohibición del Derecho Internacional Humanitario corresponde a una de las garantías no derogables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el derecho a la vida —El derecho a la vida y la prohibición de su privación arbitraria están consagrados, entre otras, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 6) y la



En definitiva, del principio básico del *ius in bello* —que ordena distinguir entre personas y bienes civiles por una parte, y objetivos militares por otra—, derivan una serie de reglas específicas de protección. Entre las reglas más importantes se encuentran: la prohibición de los ataques directos o deliberados contra las personas y bienes civiles; la prohibición de los ataques indiscriminados; la prohibición de la utilización de “escudos humanos”; la prohibición de los ataques dirigidos contra la población civil cuya principal finalidad sea sembrar el terror; los ataques cuyas consecuencias excedan la ventaja militar concreta y directa.

La trasgresión de estas reglas, normas o prohibiciones implica la comisión de infracciones graves del Derecho Internacional humanitario, que bajo determinadas circunstancias se consideran crímenes de guerra<sup>34</sup>.

### 3. El principio de proporcionalidad

La necesidad de respetar el principio de proporcionalidad ha ido adquiriendo mayor importancia a medida que los medios y métodos de combate utilizados empeoraban la situación de las poblaciones civiles. Formulado en el artículo 51.5 del Protocolo

---

Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 4). El carácter no derogable del derecho a la vida y la prohibición de su suspensión en estados de emergencia están consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 4-2) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 27-2), entre otras—, circunstancia que es una prueba de su carácter imperativo o perentorio. Así mismo, en el marco de los conflictos armados internos la privación del derecho a la vida de las personas civiles o fuera de combate, equivale igualmente a la violación de prohibiciones imperativas, como lo son el principio de distinción, la prohibición de atacar a la población civil o la prohibición de ataques indiscriminados y armas de efectos indiscriminados”. Y continúa del siguiente modo: “La violación de esta prohibición conlleva responsabilidad penal en tanto crimen de guerra, si están dados los elementos constitutivos del delito, tal y como los ha precisado la jurisprudencia internacional. El Estatuto de Roma tipifica como crimen de guerra en conflictos armados internacionales, en su artículo 8(2)(c)(i), el “homicidio en todas sus formas” en tanto manifestación de los “actos de violencia contra la vida y la persona —Artículo 8: “Crímenes de guerra. [...] 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por crímenes de guerra: [...] (c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa: (i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura”—. También lo tipifican el Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Art. 2(a), el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Art. 4(a) y la Carta de la Corte Especial para Sierra Leona, Art. 3(a). Según ha demostrado minuciosamente el CICR en su trabajo de Sistematización, la prohibición del homicidio de civiles y personas fuera de combate ha sido reafirmada de manera extensa por la jurisprudencia internacional y comparada, y en general por la práctica de la comunidad internacional”.

<sup>34</sup> Cfr. *op. cit.* Julio J. Urbina, 2000: 161; Manuel Pérez González (2006): “Terrorismo y los conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el Derecho Internacional Humanitario” en José L. Rodríguez-Villasante y Pietro: *Lucha contra el terrorismo y Derecho Internacional*, Instituto Español de Estudios Estratégicos: Ministerio de Defensa: 88 [en línea en [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE\\_133\\_LuchaContraTerrorismoxDchoInternacional.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE_133_LuchaContraTerrorismoxDchoInternacional.pdf), citado 27 may 12].



Adicional i y en el 57.2 en el caso de conflictos armados de carácter internacional<sup>35</sup>. A pesar de que hay algunos Estados que todavía no lo han ratificado, nadie discute la naturaleza consuetudinaria de su aplicación. Concretamente, Cannizzaro afirma: “llevan a la conclusión de que se ha convertido hoy en una norma del derecho consuetudinario, aplicable incluso más allá del ámbito *ratione personae* del Protocolo I”<sup>36</sup>.

En lo que respecta al alcance material del principio de proporcionalidad hay que diferenciar dos planos:

1. de un lado (*ius ad bellum*), el principio de proporcionalidad funciona en dos etapas, en la primera de ellas contribuye a definir los casos en los que es legítimo el recurso a la fuerza armada, mientras que en la segunda ayuda a determinar la intensidad y la magnitud de dicho uso. Aún así,

a use of force that is proportionate under the law of self-defense, must, in order to be lawful, also meet the requirements of the law applicable in armed conflict which comprise in particular the principles and rules of humanitarian law.

Certain States have in their written and oral pleadings suggested that in the case of nuclear weapons, the condition of proportionality must be evaluated in the light of still further factors. They contend that the very nature of nuclear weapons, and the high probability of an escalation of nuclear exchanges, mean that there is an extremely strong risk of devastation. The risk factor is said to negate the possibility of the condition of proportionality being complied with. The Court does not find it necessary to embark upon the quantification of such risks; nor does it need to Enquire into the question whether tactical nuclear weapons exist which are sufficiently precise to limit those risks: it suffices for the Court to note that the very nature of all nuclear weapons and the profound risks associated therewith are further considerations to be borne in mind by States believing they can exercise a nuclear response in self-defense in accordance with the requirements of proportionality<sup>37</sup>.

2. de otro lado, el plano del *ius in bello*, en el que la valoración de la adecuación o no de la proporcionalidad se basa en el equilibrio resultante de la ventaja militar que cada parte contendiente intenta alcanzar, con el daño que sufran los valores humanitarios, en particular —aunque no solo— entre los civiles. En este sentido, el Derecho Internacional humanitario no se interesa por el carácter ofensivo o defensivo de la acción militar (independencia de la legitimidad del conflicto armado). A diferencia de lo que ocurre en el *ius ad bellum*, los factores para evaluar la proporcionalidad, en

---

<sup>35</sup> En el artículo 51.5 “Se prohíben los ataques indiscriminados, son ataques indiscriminados los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”. El artículo 57 insta a “abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”; el término en inglés parece ser diferente, *anticipated military advantage*.

<sup>36</sup> Enzo Cannizzaro (2006): “Contextualización de la proporcionalidad: *jus ad bellum* y *jus in bello* en la guerra del Líbano”. *International Review of the Red Cross*, 864: 8.

<sup>37</sup> Doc. cit. CIJ (1996): “Case concerning legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 244-245.

particular la noción de ventaja militar y la de daño colateral, deben considerarse unitariamente: acción por acción.

Las obligaciones que derivan de esta concepción de la proporcionalidad están relacionadas con el deber de precaución y de abstención de llevar a cabo operaciones en situaciones en las que esos elementos no pueden evaluarse adecuadamente, y existe riesgo de producirse daños colaterales, superfluos o innecesarios. Este examen ha de ser individualizado, teniendo en consideración el elemento subjetivo de esta valoración. Así lo expone Dinsteins: "This subjective evaluation of proportionality is viewed with a jaundiced eye by certain scholars, but there is no serious alternative. [...] Proportionality has to be calculated in relation to a given attack, rather than on an ongoing cumulative footing"<sup>38</sup>.

El principio de proporcionalidad interviene definiendo una nueva categoría de actos o amenazas de violencia en el sentido de que sirve para evaluar si operaciones aparentemente legítimas contra objetivos militares traspasan los límites de forma desproporcionada causando terror o teniendo consecuencias negativas en la población civil o en el resto de personas protegidas, si ese es el caso, también resultarían en crímenes de guerra<sup>39</sup>. Impone la obligación de realizar para cada acción militar una evaluación de la "concreta y directa ventaja militar general anticipada". Esta expresión se refiere a una ventaja militar que es previsible por el autor en el momento pertinente. Además, esta puede o no ser temporal o geográficamente relacionada con el objeto del ataque<sup>40</sup>.

### III. La prohibición del uso deliberado del terror

#### 1. Aproximación al concepto

Parece existir una cierta confusión, entre los actos de terror cometidos en caso de conflicto armado y la actividad delictiva o criminal terrorista de carácter transnacional, situación agravada a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, y a causa del uso de terminología imprecisa o impropia, por ejemplo: *guerra contra el Terror* o *guerra contra el Terrorismo*. En este sentido, se pronuncia Greenwood: "In the language of international law there is no basis for speaking of a war on Al Qaeda or any other terrorist group, for such a group cannot be a belligerent, it is merely a band of criminals,

---

<sup>38</sup> Yoram Dinstein (2004): *The conduct of the hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge: Cambridge University Press: 119- 23. Con idéntico significado cfr. las palabras de Noam Meuman (2004): "Applying the rule of proportionality: force, protection and cumulative assessment in international law and morality". *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 7: 90-99.

<sup>39</sup> Cfr. *op. cit.* Hans Gasser, 2002.

<sup>40</sup> Cfr. Robert Crye et al. (2010): *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge: Cambridge University Press: 299.

and to treat it as anything else risks distorting the law while giving that group a status which to some implies a degree of legitimacy"<sup>41</sup>.

Cassese reconoce la necesidad de consensuar una definición de terrorismo, pero mientras tanto, se vale de un análisis estructural de la misma: "They are as follows: broadly speaking, terrorism consists of (i) acts normally criminalized under any national penal system, or assistance in the commission of such acts whenever they are performed in time of peace; those acts must be (ii) intended to provoke a state of terror in the population or to coerce a state or an international organization to take some sort of action, and finally (iii) are politically or ideologically motivated, i.e. are not based on the pursuit of private ends"<sup>42</sup>.

Prescindir de hacer una aplicación extensiva de las normas del Derecho Internacional relativas a los conflictos armados a situaciones que no lo son (sobre todo, debido a la intensidad o la magnitud de la violencia utilizada), evita acabar legitimando situaciones de violencia ejercida por actores no estatales<sup>43</sup>.

Una excepción a esta postura es asumida por el CICR: "Como ya ha afirmado públicamente el CICR en varias ocasiones, el CICR cree que el DIH es aplicable cuando la "lucha contra el terrorismo" equivale o implica un conflicto armado. Tal fue el caso en Afganistán, situación regida claramente por las reglas del Derecho Internacional humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales"<sup>44</sup>.

La prohibición del realizar actos de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil, es una obligación jurídica derivada de los principios de aplicación; esto es, del principio de distinción y del principio de proporcionalidad<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Christopher Greenwood (2004): "War, terrorism and international law". *Current Legal Problems*, vol. LVII: 505, 529; Christopher Greenwood (2002): "International Law and the "War against Terrorism"". *International Affairs*, vol. LXXXVIII, 2: 301-317.

<sup>42</sup> Antonio Cassese (2006): "The multifaceted criminal notion of terrorism in international law". *Journal of International Criminal Justice*, 4: 933-958. En la misma línea, cfr. Castor M. Díaz Barrado (2006): "El marco jurídico internacional de la lucha contra el terrorismo" en José L. Rodríguez-Villasante y Pietro: *Lucha contra el terrorismo y Derecho Internacional*, Instituto Español de Estudios Estratégicos: Ministerio de Defensa: 51-73; *op. cit.* Hans Gasser, 2002: 553.

<sup>43</sup> En lo referente al ámbito internacional, parte de los autores cree que la envergadura de los ataques terroristas del tipo del 11S, 11M o 11J, los coloca en la categoría de actos de guerra, y reclaman la aplicación de las reglas del derecho de los conflictos armados. En este caso se haría imprescindible adaptar el derecho de los conflictos armados a fin de convertirlo en la principal herramienta jurídica para tratar los actos de terrorismo transnacional (por ejemplo, cfr. *op. cit.* Manuel Pérez González, 2006: 84-87).

<sup>44</sup> Informe "Participación directa en las hostilidades con arreglo al Derecho Internacional humanitario", texto elaborado por Jean-François Quéguiner. Anexo I al documento "El Derecho Internacional Humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos" en 28.<sup>a</sup> Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja, Ginebra, 2003: 21.

<sup>45</sup> Auténtica base del Derecho Internacional humanitario, de acuerdo con la sentencia de la CIJ (1986): "Asunto sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua", Sentencia, 24 de junio de 1986. Reports of judgements, advisory opinions and orders: [en línea en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2927/7.pdf>, citado 27 may 12]. En dicha sentencia se profundiza en la naturaleza consuetudinaria de los principios generales del derecho humanitario cuya esencia es que estas consideraciones de humanidad o los principios fundamentales del derecho humanitario se apliquen en todas las circunstancias, de paz o de conflicto armado, con independencia de su carácter internacional o interno (Rosemary Abi-Saab, 1987: 370-372). Se trata de los principios establecidos por el Tribunal de Núremberg, por los llamados Convenios

## 2. Régimen jurídico de la prohibición de los ataques que tienen como principal finalidad sembrar el terror entre la población civil

### 2.1. Derecho Internacional humanitario

Por lo que respecta a los conflictos armados de carácter internacional el IV Convenio de Ginebra, en su artículo 33, contempla de manera muy amplia y general esta prohibición. Además, el artículo 52.2 del Protocolo Adicional I prohíbe expresamente los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil<sup>46</sup>. Se trata de una limitación a los métodos de la guerra.

En el caso de los conflictos armados de carácter interno, el artículo 3 común constituye la base sobre la cual se apoyan el principio de trato humano, el principio de distinción y la prohibición con carácter absoluto —“en cualquier tiempo y lugar”— de los atentados a la vida y a la integridad corporal, de la toma de rehenes o de las ejecuciones extrajudiciales, actos todos ellos que, según las circunstancias de su comisión y la concurrencia del elemento subjetivo, podrían considerarse como actos terroristas. Además, el artículo 4.4. del Protocolo Adicional II, prohíbe expresamente las amenazas y los actos terroristas respecto a las personas que no participan en las hostilidades o que hayan dejado de hacerlo. El artículo 13.2 de este mismo texto, establece que “quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”. El asesinato de los civiles y de los prisioneros de guerra se incluyó como un crimen en la Carta del Tribunal Internacional Militar de Núremberg, en su artículo 6. En el ámbito de los conflictos armados internacionales, está proscrito por las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 en tanto que supone una violación grave de las mismas. Como afirma Cassese: “In sum, attacks on civilians and other ‘protected persons’ in the course of an armed conflict, aiming at spreading terror, may amount to war crimes (although not to grave breaches of the Geneva Conventions, with the consequence that the Geneva provisions on mandatory universal jurisdiction over such crimes do not apply, such universal jurisdiction being simply authorized by the Geneva Conventions)”<sup>47</sup>.

---

de La Haya y las demás regulaciones de 1907 confirmadas por la jurisprudencia, especialmente por la CIJ en su opinión consultiva relativa a la legalidad de la amenaza o uso de las armas nucleares.

<sup>46</sup> Como señalan Henckaerts y Doswald-Beck (Jean-Marie Henckaerts [2009]: *Customary international humanitarian law*, III vol., Cambridge: Cambridge University Press, vol. I), estas prohibiciones han sido adoptadas por muchos Estados que, a su vez, las han incluido en sus manuales militares y en sus ordenamientos jurídicos. Para un estudio en detalle de estos, cfr. CIRC: “Rule 2. Violence aimed at spreading terror among the civilian population” [en línea en [http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule2](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule2), citado 27 may 12]. Además, el artículo 51 del Protocolo Adicional I expone que “No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”. En el artículo 1.4 se declara, asimismo, que las guerras de liberación nacional son conflictos armados internacionales. Por tanto, el tratamiento jurídico de estos conflictos armados durante los que un pueblo lucha contra un poder colonial en el ejercicio de su derecho de autodeterminación, es el mismo que los conflictos internacionales.

<sup>47</sup> *Op. cit.* Antonio Cassese, 2006: 946. Este autor hace una interesante división de los delitos relacionados con el crimen de terror: el llamado crimen discreto, el crimen de terror como crimen de guerra, el crimen de

En términos similares se expresa Gasser: “En resumen, puede decirse con seguridad que la prohibición del recurso a actos terroristas está firmemente basada tanto en el derecho aplicable a los conflictos armados no internacionales como en las normas que rigen los conflictos armados internacionales. Los actos de terrorismo están prohibidos sin excepción. Esta conclusión es importante, pues los conflictos armados internos son situaciones particularmente propicias a la violencia gratuita”<sup>48</sup>.

Todas las partes contendientes en un conflicto armado están obligadas por estos principios y prohibiciones, con independencia de su naturaleza jurídica sean Estados u otro tipo de organizaciones<sup>49</sup>.

## 2.2. Derecho Internacional penal

En el marco del Estatuto de Roma, únicamente generan responsabilidad penal individual de los autores, cómplices e instigadores las infracciones más graves del Derecho Internacional humanitario, los crímenes de guerra. Estos están constituidos por las infracciones graves a los Convenios de Ginebra y las infracciones del derecho consuetudinario. Por lo tanto, incluyen la violación de la normativa de protección a los civiles en los conflictos armados como la normativa de métodos y medios de combate<sup>50</sup>.

En lo referente a los principios de distinción y proporcionalidad y a las obligaciones de acción (proteger) u omisión (prohibiciones) derivadas del Estatuto de Roma, se contempla su criminalización en el artículo 8.2. Por su parte, el Protocolo Adicional I recoge estas infracciones en el artículo 85.3. Igualmente, el artículo 3 común de los estatutos del Tribunal Penal Internacional de Ruanda y el Tribunal Especial para Sierra Leona otorga la competencia para enjuiciar los ataques contra la población civil cuya principal finalidad es sembrar el terror. El Estatuto del TPIY le otorga esta competencia, de forma indirecta, a través de la relativa al enjuiciamiento de las violaciones de los “usos y costumbres de la guerra”<sup>51</sup>.

---

terror como crimen de lesa humanidad y el caso de los *freedom fighters*, refiriéndose a las técnicas que usan el terror en caso de ocupación de un territorio. Cfr. *op. cit.* Manuel Pérez González, 2006: 94.

<sup>48</sup> *Op. cit.* Hans Gasser, 2002: 563.

<sup>49</sup> “The authors of the *Study* recall that “While it is the majority view that international human rights law only binds governments and not armed opposition groups, it is accepted that international humanitarian law binds both”. In a sense, we can conclude that IHL is more effective because it applies to both governments and non-state parties. But often the rules of human rights law are more precise and more developed through the case-law of international courts. That’s why a joint application of IHL and IHRL is useful. Moreover, and significantly, recent United Nations’ documents frequently combine” (*op. cit.* Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, 2005: 229). Cfr. Paul Tavernier (2010): “Consequences of the application of international humanitarian law in the struggle against terrorism”. *Czech Yearbook of International Law*, vol. 1: 71.

<sup>50</sup> Parte de la doctrina afirma que el ámbito de las conductas abarcadas por los crímenes de guerra es bastante más extenso de lo que pudiera parecer en un primer momento, puesto que incluyen diversos tipos de infracciones. Cfr. Héctor Olásolo Alonso (2007): “Análisis del caso Couso a la luz del Estatuto de Roma”. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, vol. v: 36.

<sup>51</sup> El artículo 8.2 expone también que “A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra [...]” b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del Derecho Internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes [...]; j) Dirigir

El artículo 8 del Estatuto de Roma establece que los actos terroristas que causan la muerte o heridas graves a personas civiles constituyen infracciones graves de los cuatro Convenios de Ginebra; en otros términos: son crímenes de guerra. De este modo, los autores de tales actos deben ser enjuiciados y castigados —si son declarados culpables— por los tribunales nacionales. Según lo establecido por el Estatuto de Roma, esas personas pueden ser sometidas a la jurisdicción de la CPI.

#### IV. El crimen de terror

La responsabilidad internacional del individuo se ha ido configurando progresivamente en el Derecho Internacional contemporáneo, en paralelo al reconocimiento jurídico-internacional de los derechos humanos y a la consolidación como cuerpo jurídico del Derecho Internacional humanitario.

Esta responsabilidad penal individual se hace efectiva en la práctica a través de una triple vía: la aplicación por parte de tribunales internos de principios, conceptos y normas internacionales; la remisión de las normas internacionales al ordenamiento interno de los Estados; y la vía más excepcional, la de la creación de tribunales internacionales para juzgar directamente a los inculcados<sup>52</sup>.

Con la aprobación y entrada en vigor del Estatuto de Roma y la puesta en funcionamiento de la CIJ, se da otro paso más en la lucha contra la impunidad por las violaciones de las normas del Derecho Internacional humanitario. El Derecho Internacional penal criminaliza únicamente algunas infracciones, las más graves, de Derecho Internacional humanitario con independencia de su origen convencional o consuetudinario.

##### 1. Los elementos del crimen a la luz de la jurisprudencia internacional

Los tribunales penales internacionales se han ocupado del tipo específico de crimen de terror en contadas ocasiones, la primera de las cuales le correspondió al TPIY en el caso contra Stanislav Galic<sup>53</sup>. Con posterioridad, han ido surgiendo más sentencias, tanto de este como de los tribunales de Ruanda y Sierra Leona.

---

intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares". De igual modo, en este mismo artículo: "(e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de Derecho Internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes; [...]; i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades".

<sup>52</sup> Cfr. Albert Galinsoga Jordà (1994): "El estatuto de los refugiados en el Derecho Internacional contemporáneo" en Pablo A. Fernández Sánchez, (coord.): *Refugiados: derecho y solidaridad*, Sevilla: ACNUR-Consejo General del Poder Judicial-Universidad de Sevilla: 73 y ss.

<sup>53</sup> Stanislav Galic, fue inicialmente condenado, el 5 de diciembre de 2003, a veinte años de prisión por los crímenes cometidos en la ciudad y alrededores de Sarajevo durante el período del conflicto armado en los Balcanes; pero su sentencia fue revisada en apelación y, finalmente, se le impuso la pena de cadena perpetua. Él fue uno de los responsables durante aproximadamente cuatro años de la estrategia militar que utilizaban los bombarderos y francotiradores para matar, mutilar, herir y aterrorizar a los habitantes civiles de Sarajevo. Los bombarderos y francotiradores mataron e hirieron a miles de civiles, incluidos niños y

En la actualidad, dos asuntos en curso de enjuiciamiento contienen también elementos relevantes para la delimitación del crimen de terror contra la población civil y de sus consecuencias jurídicas, afectando a los máximos dirigentes serbobosnios durante los conflictos de los años noventa. La Fiscalía formuló, en su segundo escrito enmendado, entre otros cargos contra el líder militar de las milicias serbobosnias, Ratko Mladic, la imputación de haber cometido el crimen de terror contra la población civil que anteriormente ya había imputado al líder político de esa misma minoría, Radovan Karadzic. Dicha acusación incluía hechos como asesinatos, actos de violencia cuya finalidad principal era aterrorizar a la población civil, ataques ilícitos contra la población civil y toma de rehenes (todos ellos violaciones de las leyes o costumbres de la guerra).

Así, entre abril de 1992 y noviembre de 1995, Karadzic, en concierto con otros miembros de la Joint Criminal Enterprise (JCE), estableció y aplicó una estrategia militar que utilizaba a los francotiradores y los bombardeos para matar, mutilar, herir y aterrorizar a los habitantes civiles de Sarajevo. Los francotiradores y los bombarderos causaron miles de muertos y heridos civiles de ambos sexos y de todas las edades, incluyendo niños y ancianos<sup>54</sup>. En términos casi idénticos, el Tribunal planteaba la acusación a Mladic:

7. In particular, at various times during the existence of the overarching joint criminal enterprise, Ratko MLADIC and Radovan KARADZIC participated in three additional joint criminal enterprises, the objectives of which were (1) to spread terror among the civilian population of Sarajevo through a campaign of sniping and shelling, (2) to eliminate the Bosnian Muslims in Srebrenica, and (3) to take United Nations personnel as hostages. The pursuit of each of these objectives was related to the objective of the overarching joint criminal enterprise to permanently remove Bosnian Muslims and Bosnian Croats from Bosnian Serb-claimed territory in BiH.  
[...]

Ratko MLADIC is criminally responsible for:

Count 9: Acts of Violence the Primary Purpose of which is to Spread Terror among the Civilian Population, a VIOLATION OF THE LAWS OR CUSTOMS OF WAR, punishable under Articles 3, and 7(1) and 7(3) of the Statute; and

Count 10: Unlawful Attacks on Civilians, a VIOLATION OF THE LAWS OR CUSTOMS OF WAR, punishable under Articles 3, and 7(1) and 7(3) of the Statute.

### 1.1. Elementos comunes

Los elementos básicos comunes permiten la identificación de un crimen de guerra con independencia de que la base de la norma sea de origen convencional o consue-

---

ancianos. La acusación se basó en la responsabilidad penal individual y superior por la comisión de actos inhumanos (crímenes contra la humanidad), y la imposición del terror y los ataques contra civiles (violaciones de las leyes y costumbres de la guerra).

<sup>54</sup> Cfr. TPIY (2009): "Case concerning Prosecutor v. Radovan Karadzic. Prosecution's Marked-Up Indictment, 19 October 2009", ICTY judgements [en línea en [http://www.icty.org/x/cases/karadzic/ind/en/indmarkedup\\_indictment\\_091019.pdf](http://www.icty.org/x/cases/karadzic/ind/en/indmarkedup_indictment_091019.pdf), citado 27 may 12].



tudinario<sup>55</sup>. Según la Sala de Apelaciones del caso Galic, las condiciones que deben satisfacerse para cumplir con los requerimientos del artículo 3 del Estatuto son:

- la violación debe constituir la infracción de una norma del Derecho Internacional humanitario;
- la regla debe ser de naturaleza consuetudinaria o, si pertenece al derecho convencional, deben cumplirse las condiciones exigidas;
- la violación debe ser “grave”, es decir, debe constituir la infracción de una norma que protege valores importantes, y el incumplimiento grave debe provocar graves consecuencias para la víctima;
- la violación de la norma debe implicar, de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario o convencional, la responsabilidad penal individual de la persona del autor<sup>56</sup>.

Después de declarar su competencia sobre los “actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal es difundir el terror entre la población civil”, sobre la base del artículo 3 del estatuto, en relación con el artículo 13.2 del Protocolo Adicional II —que establece que “la población civil como tal, así como las personas civiles no serán objeto de ataque”—, el Tribunal añadió que el listado de delitos contenidos en el artículo 3 de dicho estatuto no era exhaustivo<sup>57</sup>, sino que además de las conductas enumeradas en este artículo, el Tribunal debía comprobar las reguladas por las demás leyes y costumbres de guerra. Igualmente, debían cumplirse las llamadas *condiciones Tadic*<sup>58</sup>.

Según el Tribunal, existe en la actualidad un corpus de Derecho Internacional consuetudinario aplicable a todos los conflictos armados, independientemente si son internacionales o no internacionales. Este corpus incluye principios generales para proteger a la población civil, así como normas que rigen los medios y métodos de guerra.

La normativa aplicada fue el artículo 3 del Estatuto del TPIY, el artículo 51.2 del Protocolo Adicional I y el artículo 13.2 del Protocolo Adicional II. El Tribunal se pronunció en sentencia definitiva en 2006.

---

<sup>55</sup> De esta identificación se deduce la que la naturaleza de la relación entre el Derecho Internacional humanitario y el Derecho Internacional penal. Las primeras son normas de comportamiento, primarias concernientes a las obligaciones que exigen cumplimiento en el transcurso de los conflictos armados y las normas de Derecho Internacional penal son secundarias, de carácter complementario basadas en las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las primeras.

<sup>56</sup> Cfr. TPIY (1997): “Case concerning Prosecutor v. Dusko Tadic. Opinion and judgement”, 7 de mayo de 1997: 218 [en línea en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>, citado 27 may 12]. Para el TPIY el artículo 3 funciona como una clausura residual que opera cuando los hechos no pueden subsumirse en cualquiera de los otros tipos penales (decisión sobre la jurisdicción del caso Tadic de 2 de octubre de 1995; sentencia en apelación del caso Galic de 30 de noviembre de 2006; y también la más reciente sentencia del caso Dragomir Milosevic de 12 de diciembre de 2007).

<sup>57</sup> Cfr. TPIY (1995): “Case concerning Prosecutor v. Duško Tadić. Decision on the defence motion on jurisdiction of the Tribunal” ICTY judgements: párrafos 87-94; Leticia Armendáriz (2005): “Crímenes de guerra en conflictos armados internos”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. v: 51-82 [en línea en <http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/5/art/art2.htm>, citado 27 may 12]; Daniela Kravetz (2004): “The protection of civilians in war: the ICTY’s Galic case”. *Leiden Journal of International Law*, 17: 53-536.

<sup>58</sup> Véase *supra* nota 56.

## 1.2. Elementos específicos

Los elementos específicos propios del crimen de terror se deben dar en los casos en los que<sup>59</sup>:

- existen actos de violencia dirigidos contra la población civil que no toma parte activa en las hostilidades que produzcan muertes o heridas serias en el cuerpo o la salud de estos civiles;
- el atacante toma como objetivo la población civil o los civiles individuales que no toman parte directa en las hostilidades el objeto de esos actos de violencia;
- el propósito principal es sembrar el terror entre la población civil.

En dichos casos, estos elementos específicos son personales, materiales, mentales y contextuales.

En cuanto a los elementos personales (*personal scope*), cabe señalar que las víctimas de los actos de terror son personas y bienes civiles, el resto de personas protegidas (personas que han dejado de combatir o que están en poder de la parte adversa, sea como heridos, como enfermos, como detenidos o como habitantes de un territorio ocupado) y en determinadas circunstancias miembros combatientes.

El artículo 50 del Protocolo Adicional I establece la presunción de ser una persona civil cuando existen dudas al respecto. Y, únicamente pierden la condición de civiles, si participan directamente en las hostilidades, mientras dure tal participación (artículo 13. 3 del Protocolo Adicional II).

En lo que a elementos materiales (*material scope*) se refiere, es necesario mencionar que la conducta consiste en un acto o amenaza de violencia que puede revestir cualquier forma, siempre que se den los requisitos generales o comunes y los específicos. Así,

To take the totality of the circumstances of the acts of violence into account in the assessment of terrorism in the context of the Sierra Leone conflict would have required the Trial Chamber to take sexual slavery, abductions, forced labour and militarization of children committed by the cused and their junta followers, together with amputations, killings, burnings, and so on, which the Chamber already recognized as acts of terror. All those conducts comprised the acts of violence—or attacks, so to speak—against the civilian population.

Se trata de actos de terror que causan la muerte o heridas graves a personas protegidas; el homicidio intencional, la tortura, los tratos inhumanos, la toma de rehenes

---

<sup>59</sup> "133. In conclusion, the crime of terror against the civilian population in the form charged in the Indictment is constituted of the elements common to offences falling under Article 3 of the Statute, as well as of the following specific elements: 1. Acts of violence directed against the civilian population or individual civilians not taking direct part in hostilities causing death or serious injury to body or health within the civilian population. 2. The offender wilfully made the civilian population or individual civilians not taking direct part in hostilities the object of those acts of violence. 3. The above offence was committed with the primary purpose of spreading terror among the civilian population."

o los ataques de índole sexual también se consideran conductas que aterrorizan a la población civil<sup>60</sup>.

De la combinación de los elementos materiales y personales, los actos de terror o amenazas de tales actos (actos de violencia, ataques, etc.) se clasifican en:

- Actos de terror dirigidos expresamente, total o parcialmente, contra los civiles o contra el resto de personas protegidas, incluso en situación de detención o bajo ocupación militar de un territorio. Posteriormente se agregaron como elementos específicos del crimen de terror los actos o amenazas de violencia dirigidos contra la propiedad<sup>61</sup>. Además, “Thus, if attacks on property are carried out with the specific intent of spreading terror among the protected population, this will fall within the proscriptive ambit of the offence of acts of terrorism”.
- Actos de terror ejecutados contra objetivos militares cuya principal finalidad es sembrar terror entre los civiles.
- Actos de terror indiscriminados por no estar expresamente dirigidos contra un objetivo militar, debido al uso de métodos y medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; por emplear métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el Derecho Internacional humanitario: “The acts or threats of violence constitutive of the crime of terror shall not however be limited to direct attacks against civilians or threats thereof but may include indiscriminate or disproportionate attacks or threats thereof. The nature of the acts or threats of violence directed against the civilian population can vary; [...] the primary concern, as explained below, is that those acts or threats of violence be committed with the specific intent to spread terror among the civilian population”<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> “The war crime does not consist in causing terror: it is to be expected that all acts of war will result in general fear in the country concerned. In *Galic*, the Appeals Chamber confirmed that actual terrorization of a civilian population is not an element of the crime. As regards the mental element, the Trial Chamber required the prosecution “to prove not only that the accused accepted the likelihood that terror would result from the illegal acts—or, in other words, that he was aware of the possibility that terror would result—but that that was the result which he specifically intended. The crime of terror is a specific-intent crime”. The spreading of terror does not have to be the only purpose of the acts, but it does have to be the primary purpose. In the *AFRC* case, the *SCSL* held that the use of child soldiers, abduction and forced labour were committed primarily for military purposes, and thus did not constitute the war crime of terrorism, while the brutal amputations of the hands or arms of civilians were committed primarily to spread terror” (*op. cit.* Robert Crye *et al.* [2010]: 292; Chile Eboe-Osuji (2010): “Another look at the intent element for the war crime of terrorism”. *Cambridge Review of International Affairs*, vol. xxiv, 3: 12 [en línea en <http://dx.doi.org/10.1080/09557571.2010.480970>, citado 27 may 12]; Tribunal Especial para Sierra Leona (2007): “Case concerning Prosecutor vs. Brima, Kamara and Kanu. Sentencing judgement”, 20 de junio de 2007 [en línea en <http://www.sc-sl.org/CASES/ProsecutorvsBrimaKamaraandKanuAFRCCase/TrialChamberJudgment/tabid/173/Default.aspx>, citado 27 may 12]).

<sup>61</sup> Cfr. *TPY* (2007): “Case concerning Kordić and Cerkez. Judgement”, 2 de agosto de 2007, *ICTY judgements*: 170-173. El Tribunal también ha incluido como objetos protegidos las instalaciones cuyo ataque puede provocar el terror entre la población civil de forma colateral.

<sup>62</sup> Cfr. *TPY* (2006): “Case concerning Prosecutor v. Stanislav Galic. Judgement”, 30 de noviembre de 2006; *TPY* (2006): “Case concerning Prosecutor v. Stanislav Galic. Judgement”, 12 de noviembre de 2009. “The Appeals Chamber recalls that when noting Article 49 (1) of Additional Protocol I, the *Galic* Appeals Chamber held that the crime of terror can comprise attacks or threats of attacks against the civilian population. It did not limit the possible consequences of such attacks to death or serious injuries among the victims. Rather, it concentrated on the assessment of whether the allegations before it would qualify for the crime of terror

- Actos de terror dirigidos contra objetivos legítimos en el marco del Derecho Internacional humanitario pero que, sin embargo, empleen armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios<sup>63</sup>.

Por terror la jurisprudencia del TPIY ha entendido un “miedo extremo”<sup>64</sup>.

Cabe explicar, sobre el elemento mental que el propósito principal, que no único, de la acción o amenaza de violencia es sembrar el terror entre la población civil. Sin embargo, resulta suficiente con que los atacantes conozcan que una de las consecuencias de esa acción puede causar terror. Este hecho provoca que el ámbito el tipo pueda aplicarse a casos en los que existe más de un objetivo, o a ataques en los que no se tomen las debidas precauciones o no sean proporcionadas. En relación a esto se pronunciaba el TPIY, del siguiente modo:

104. In light of the foregoing, the Appeals Chamber finds that actual terrorization of the civilian populations is not an element of the crime. The mens rea of the crime of acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population is composed of the specific intent to spread terror among the civilian population. Further, the Appeals Chamber finds that a plain reading of Article 51(2) suggests that the purpose of the unlawful acts or threats to commit such unlawful acts need not be the only purpose of the

---

under international customary law. The Appeals Chamber finds that the Trial Chamber misinterpreted the *Galic* jurisprudence by stating that “actual infliction of death or serious harm to body or health is a required element of the crime of terror”, and thus committed an error of law. Causing death or serious injury to body or health represents only one of the possible modes of commission of the crime of terror, and thus is not an element of the offence *per se*”.

<sup>63</sup> Para Cassesse el crimen de terror no alcanza al terror provocado por los ataques sobre objetivos militares legítimos especialmente cuando ha habido advertencias previas (*op. cit.* Antonio Cassesse, 2006: 947). En este mismo sentido se pronuncia Sassòli: “An attack directed at combatants or military objectives was not considered as prohibited, even if the primary purpose of the attack was to spread terror among the civilian population” (Marco Sassòli [2006]: “Terrorism and war”. *Journal of International Criminal Justice*, 4: 968). En contra, Gasser opina que el crimen sí alcanza al terror provocado por ataques legítimos, siempre y cuando se haya vulnerado el principio de proporcionalidad (*op. cit.* Hans Gasser, 2002: 557): “While we have hitherto examined the protection afforded by international humanitarian law to civilians and civilian property in times of armed conflict, we now turn to the question whether international rules also confer legal protection against terrorist acts targeting members of armed forces. The answer is not self-evident, because soldiers are allowed to shoot and can be shot at. Members of armed forces are unquestionably active participants in, and simultaneously a legitimate target of, military operations. And what appears to be a terrorist act in a civilian context may well be a legitimate act of war if carried out against enemy personnel. However, “the right of parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited”, says a fundamental rule of the laws of war. As codified by Article 35, para. 1, of Protocol I, this rule imposes upon warfare limits for the benefit of those who participate in the war effort, i.e. members of the armed forces. Article 35 goes on to state in its second paragraph that “it is prohibited to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering”. One example of such illegal behavior vis-à-vis members of armed forces is perfidy. Article 37 of Protocol I prohibits acts of perfidy, which are acts of violence that betray the trust of the other side. For example, use of violence while feigning civilian, non-combatant status constitutes perfidy. Specific acts of terrorism may well be of a perfidious nature. This short presentation clearly shows that terrorist acts may be considered a crime if committed against members of the armed forces”. El TPIY, finalmente, se pronunció en la sentencia del caso *Galic*: “135. With respect to the “acts of violence”, these do not include legitimate attacks against combatants but only unlawful attacks against civilians” (sentencia de 5 de diciembre de 2003).

<sup>64</sup> Cfr. Tribunal Especial para Sierra Leona (2009): caso 04-15-T 2, marzo de 2009: párrafo 117.

acts or threats of violence. The fact that other purposes may have coexisted simultaneously with the purpose of spreading terror among the civilian population would not disprove this charge, provided that the intent to spread terror among the civilian population was principal among the aims. Such intent can be inferred from the circumstances of the acts or threats, that is from their nature, manner, timing and duration<sup>65</sup>.

Como ha señalado Kravetz, dicha interpretación ha dado un alcance más amplio al ámbito de aplicación de los actos prohibidos:

The chamber held that this notion includes both direct intent and recklessness, while excluding mere negligence. [...] The consequence of this interpretation is that it broadens the scope of the crime to encompass not only attacks directed against civilians as such, but also situations where attacks are carried out without taking necessary precautions to spare the civilian population or individual civilians (in the sense of Article 57 of API). This offence would thus cover, for example, situations where the attacker failed to seek precise information on the intended target<sup>66</sup>.

No faltan voces críticas por la falta de un enfoque definitivo sobre la intención de sembrar el terror entre la población civil. El hecho de que exista más de un propósito provoca la subordinación casi inmediata de la intención de sembrar el terror y, en estos casos, los tribunales rechazan la acusación por este delito<sup>67</sup>.

Hay que aclarar que el TPIY definió inicialmente el crimen de terror como un delito de resultado, ya que exigió la producción de víctimas mortales o graves consecuencias para la salud de estas, de la misma manera que se exigen para el tipo general de “dirigir intencionalmente ataques contra civiles”<sup>68</sup>. Sin embargo, la Sala de Apelaciones en el caso *Galic*, y en subsiguiente jurisprudencia en otros casos, ha reconocido, en los elementos del crimen, que se trata de mera actividad. De igual modo que hace el artículo 8.2 del Estatuto de Roma: “The mens rea requirement of the offence. [...] The Prosecution only needs to establish that Accused intended to spread terror and does not need to demonstrate that the protected population actually was terrorized”<sup>69</sup>.

Por último, el elemento contextual viene determinado por la necesidad de que los hechos se produzcan durante el transcurso de un conflicto armado.

---

<sup>65</sup> TPIY (2006): “Case concerning Prosecutor v. Stanislav Galic. Judgement”, 30 de noviembre de 2006.

<sup>66</sup> *Op. cit.* Daniela Kravetz, 2004: 531.

<sup>67</sup> *Cfr. op. cit.* Chile Eboe-Osuji, 2010: 10.

<sup>68</sup> TPIY (2003): “Case concerning Prosecutor v. Stanislav Galic. Judgement”, 5 de diciembre de 2003: párrafos 56 y 62); TPIY (2000): “Case concerning Prosecutor v. Blaskic. Judgement”, 3 de marzo de 2000; Kurt Dörman (2003): *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge-Nueva York: Cambridge University Press: 130- 147.

<sup>69</sup> *Cfr.* Tribunal Especial para Sierra Leona (2007): caso 04-14-T, Judgement, 2 de agosto de 2007: párrafos 174-175.

## 2. Apunte sobre el terror en Iraq

Durante el conflicto iraquí que comenzó en 2003, hubo abundantes indicios de que se ha incumplido de manera masiva el Derecho Internacional humanitario, incluso de que los actos dirigidos principalmente a aterrorizar a la población civil tuvieron carácter generalizado. Así, se desprende, por ejemplo, del dictamen del Tribunal Internacional sobre Iraq, en su sesión de Barcelona, celebrada del 20 al 22 de mayo de 2004:

La invasión ha originado una gran destrucción de las infraestructuras petrolíferas e industriales iraquíes. Todos los edificios de los Ministerios, salvo el Ministerio del petróleo, fueron destruidos durante la invasión de 2003 y solo han sido muy limitadamente reconstruidos. Según el Profesor Abid Ali Kadhim al-Maamuri se ha utilizado la terapia choque a través del terror de la fuerza militar. Y esta nueva concepción se basa en el principio de primero bombardear el país y luego comprarlo, destruirlo y luego ofertar su reconstrucción.

[...]

Según los datos del Sr. Muhammad Y. Muhammad, el número estimado de prisioneros en Abu Ghraib y en Camp Buka, al sur de Basora, en Um Qasr, es de 6.000 y 12.000 presos respectivamente.

Según todos los testigos, la finalidad de estos actos es atemorizar a la población para que no ofrezca ninguna resistencia frente a la ocupación. Las familias de los detenidos son intimidadas con amenazas de tortura y asesinato de sus seres queridos si no colaboran con el ocupante. Los castigos colectivos y detenciones ilegales sobre la población civil se realizan de manera constante y normalmente por la noche, asaltando de manera brutal las viviendas y destrozando todo lo que encuentran. Esto desencadena traumas en la población y estados de ansiedad y de terror. En los registros que el ejército norteamericano realiza en las casas se llevan toda la documentación que encuentran. Esto imposibilita a las mujeres hacer trámites frente a las instituciones tras la detención de sus maridos para cobrar la pensión que les corresponde o para probar cualquier minusvalía o la propia detención o desaparición.

Las detenciones están desprovistas de cualquier garantía legal. No se comunica al detenido el motivo de la detención, ni se comunica a la familia la detención, ni el lugar donde se les traslada. Tampoco les asiste ningún abogado ni médico, y las detenciones adquieren así un carácter indefinido. A veces, por mediación de asociaciones de ayuda a familiares de presos, las familias los localizan pero entonces no se les permite visitarles o temen por su propia integridad.

En las cárceles se encuentran detenidos niños de catorce y quince años que son tratados como si fueran adultos, sufriendo constantes vejaciones y torturas.

El informe de Amnistía Internacional de 2005, en su apartado de Iraq, relata asimismo la violación sistemática de estos derechos básicos y concuerda con los testimonios expuestos por los testigos iraquíes<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Dictamen del Tribunal Internacional sobre Iraq. Sesión de Barcelona, entre el 20 y el 22 de mayo de 2004, Institut de Drets Humans de Catalunya [en línea en <http://www.idhc.org/esp/documents/DictamenIraq.pdf>, citado 27 may 12].

## V. Consideraciones finales

La prohibición de dirigir intencionadamente ataques contra la población civil, incluida la modalidad que prohíbe aquellos cuyo principal propósito es sembrar el terror entre la población civil, como reflejo normativo de los principios de distinción y proporcionalidad, cumple dos funciones bien distintas: en primer lugar, constituye un límite a la voracidad destructora de los conflictos armados con independencia de su naturaleza interna o internacional, salvaguardando la vida humana; en segundo lugar, actúa como instrumento de calificación de los posibles crímenes de guerra y, por tanto, se revela como un nuevo uso o finalidad del Derecho Internacional humanitario. En este sentido, la criminalización de los ataques contra la población civil —aunque todavía de manera imperfecta— ha sido definida y, aunque subsisten problemas (esencialmente relacionados con la prueba de los hechos), se observa un avance claro en su aplicación.

En lo que respecta a la naturaleza de los conflictos, la mayoría de autores opina que todavía existen diferencias importantes entre los grados de cobertura proporcionados por el Derecho Internacional humanitario en los casos de conflictos armados internacionales, con respecto a los internos. No obstante, la labor efectuada desde los tribunales internacionales, especialmente el TPIY, ha provocado un acercamiento progresivo entre los regímenes de protección.

Hay que hacer constar también que el Derecho Internacional humanitario y el Derecho Internacional de los derechos humanos, han empezado a diseñar estrategias de aplicación conjunta, especialmente en aquellos instrumentos que pretenden acabar con la impunidad de los responsables de las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario.

A pesar de todos los avances, los datos demuestran que los civiles siguen siendo las víctimas más numerosas y graves de las guerras y, a pesar de todos los esfuerzos de la comunidad internacional, viejas y nuevas amenazas siguen apareciendo. De ahí que, al menos sobre el papel, la protección de las víctimas haya entrado a formar parte de la agenda de las Naciones Unidas. Los peligros asociados a los conflictos armados del siglo *xxi* contribuyen a desdibujar la aplicación de los principios del Derecho Internacional humanitario; de ahí, la importancia que las medidas de represión de las violaciones de los derechos han adquirido para contribuir, además, a la lucha contra la impunidad y a su función como instrumento de disuasión de la comisión de hechos ilícitos de la mayor gravedad.





# **La muerte de José Couso: ¿un crimen de guerra?**

**GONZALO JAR COUSELO**

**General de la Guardia Civil**

**Miembro del CEDIH de Cruz Roja Española**

SUMARIO: I. El ataque al Hotel Palestina. II. El informe de Reporteros sin Fronteras. III. La familia de Couso. IV. La reacción del Gobierno español. V. La reacción de los partidos políticos. VI. La reacción de los organismos internacionales. VII. El reflejo en los medios de comunicación. VIII. El informe oficial. IX. La respuesta judicial. X. Al año de las muertes. XI. Demasiados interrogantes. XII. Mecanismo de protección al amparo del Derecho Internacional humanitario.

## **I. El ataque al Hotel Palestina**

Aun cuando con anterioridad se había podido constatar la presencia de corresponsales españoles en conflictos armados —Vietnam, el Líbano, la primera guerra del Golfo, Ruanda, los Balcanes o Liberia—, algunos de los cuales llegaron a perder la vida, nunca en la historia reciente de España se había producido tal avalancha de informadores, ni con tan singular protagonismo, como en la guerra de Iraq (2003); algo que quizás tuviese que ver con el hecho de que, a causa del empeño personal del presidente José María Aznar, fuese la primera vez que España se veía implicada de forma tan directa en un conflicto bélico contemporáneo.

En ese sentido, tal y como opinan algunos, la guerra de Iraq iba a significar, finalmente, aunque fuese al elevado precio de la vida de dos compañeros —José Couso (37 años) y Julio Anguita Parrado (32 años)—, la verdadera puesta de largo del periodismo de guerra español. Dado que la muerte del segundo de ellos, *embedded* ('empotrado', 'integrado') en el Ejército estadounidense, puede ser considerada algo previsible, al fallecer a causa de un ataque iraquí contra su unidad realizado a gran distancia, y ser

complicado poner en práctica el principio de distinción entre combatientes y civiles, mayor interés presenta, desde el punto de vista del Derecho Internacional humanitario, el análisis de lo sucedido con la muerte de Couso.

Para tratar de desentrañar las posibles responsabilidades de las decisiones que llevaron a tan fatal desenlace, se cuenta, además de con el testimonio directo de muchos de sus compañeros que habitaban en el Hotel Palestina, en especial el del periodista de la cadena de televisión Telecinco, Jon Sistiaga, al que servía con su cámara, con los informes elaborados tanto por el Comité para la Protección de los Periodistas (CPI, por las siglas de su denominación en inglés, Committee to Protect Journalists), —ONG creada en 1981, con el fin de defender la libertad de prensa y documentar y combatir los ataques contra profesionales de medios de comunicación social, incluidas las muertes de en caso de conflicto armado—, y de Reporteros sin Fronteras.

El hecho público por el CPI, el 17 de mayo de 2003 en Nueva York, fue la primera investigación independiente llevada a cabo tras una serie de entrevistas con una docena de periodistas presentes en el lugar de los hechos, incluyendo a dos corresponsales *empotrados* en las tropas de Estados Unidos que cubrían y escucharon el tráfico de comunicaciones militares antes y después del disparo del fatídico obús que, el 8 de abril, terminaría con la vida de Couso y del también cámara de la agencia Reuters, el ucraniano Taras Protsyuk (35 años), cuando ambos intentaban grabar la entrada de las tropas norteamericanas en Bagdad desde los balcones del Hotel Palestina.

Una semana antes de que comenzara el conflicto, con objeto de tenerlos perfectamente controlados, los responsables del Pentágono habían decidido concentrar a todos los reporteros presentes en Bagdad en tres únicos hoteles —Palestina, Al Rasheed y Al Mansur—, abiertos exclusivamente para los medios de comunicación. Con el paso de los días, los dos últimos se quedaron vacíos, pues, aunque bastante más lujosos que el primero, su situación estratégica y cercanía a ministerios, puentes o edificios públicos susceptibles de ser bombardeados —el Al Mansur estaba situado, además, junto al edificio de la televisión pública iraquí—, los convertían en un blanco militar de libro y los hacía vulnerables a cualquier misil que pudiese errar unos metros su trayectoria.

Fue el mismo día en que vencía el plazo de Bush para atacar la capital cuando el Palestina se convirtió en la morada oficial de toda la prensa internacional y Sistiaga plantea que, si alguien se preguntara en qué momento decidieron trasladarse todos los periodistas a dicho hotel, la respuesta sería fácil, toda vez que, en cuanto la CNN abandonó el Al Mansur y se refugió en éste, todos se fueron detrás, pues era evidente que los periodistas de dicha cadena, y así se lo hicieron saber algunos de sus colegas, sabían de fuentes directas del Pentágono que los otros dos hoteles podían llegar a convertirse en objetivos militares.

Las coordenadas del Hotel Palestina, el edificio más alto de la ciudad que lucía un cartel enorme con el nombre del establecimiento, tenían que estar necesariamente en manos de la inteligencia militar norteamericana, pues todos los medios de comunicación allí hospedados habían mandado esos datos a sus respectivos ministerios para que se los hicieran llegar al Pentágono. En ese sentido, Sistiaga sospecha que el sargento Gibson debería tener un plano en el que estuviese señalizado el hotel, similar al que portaban los oficiales de las unidades que con posterioridad llegaron al mismo. Además, era evidente que los propios generales en Camp Doha (Qatar) seguían la

caída de Bagdad por televisión, a través de las imágenes que la CNN, la Fox o Al-Yazira proporcionaban en directo desde el propio hotel.

En el informe del CPJ se relata cómo, cerca del mediodía del fatídico día 8 y cuando ya se adivinaba el final de la guerra, la mayoría de un grupo de unos cien periodistas internacionales alojados en dicho establecimiento, todos ellos profesionales que habían sobrevivido a los peligros de la guerra (tanto a la campaña aérea de “consternación y conmoción” de los últimos días como a los oficiales de seguridad iraquíes que periódicamente les registraban las habitaciones y que ya habían expulsado o detenido a varios compañeros), pudieron observar desde sus balcones a los soldados de la 2.<sup>a</sup> Brigada del 3.<sup>er</sup> Batallón, quienes permanecían en sus posiciones del día anterior, en el recinto de los palacios presidenciales, y de vez en cuando escuchar el tableteo de las ametralladoras.

Contaron los tanques, que parecían muy seguros sobre el puente Al-Jumhuriya, y vieron cómo hacían fuego contra unos edificios situados a su izquierda, desde donde alguien les hostigaba con fuego de Kaláshnikov que apenas provocaba rasguños a aquellos monstruos de acero. Toda la resistencia iraquí se reducía a unos cuantos fedayines con Kaláshnikov y lanzagranadas que, temerariamente, se asomaban por el otro extremo del puente, milicianos que fueron barridos por las embestidas tempranas de los A-10 y después borrados por los cañonazos de los tanques. Uno de los carros de combate dispuesto sobre el puente, a 1 200 m de distancia, giró la torreta en dirección al hotel y disparó un obús que hizo blanco en un balcón del piso 15, a consecuencia del cual fallecerían los dos periodistas, al tiempo que otros tres sufrían heridas de diversa consideración.

Si se siguen las comunicaciones por radio de Chris Tomlinson, corresponsal de Associated Press y periodista *empotrado* en una compañía de infantería adscrita a la 3.<sup>a</sup> División, que había llegado al centro de Bagdad el día anterior después de un viaje de dos semanas y media desde Kuwait, se sabe que, desde el alba del día 7, el batallón llevó a cabo una serie de escaramuzas que duraron treinta y seis horas, y que, al día siguiente, siguió su avance hacia el centro de Bagdad enfrentándose las tropas norteamericanas a la tenaz resistencia de las fuerzas iraquíes. Tomlinson pasó esa jornada en el interior de un centro de mando norteamericano improvisado en el palacio presidencial de Sadam Huseín en la ribera occidental del Tigris y, al activar un conmutador de la radio militar y sintonizar la frecuencia que utilizaba el batallón en operaciones tácticas, escuchó el tráfico de comunicaciones de la compañía que le daba acceso a las conversaciones que mantenían el comandante de la compañía de carros, el capitán Philip Wolford, y sus mandos.

Según su versión, a primera hora del día 8 se volvió a iniciar un intercambio de fuego intenso en la zona del oeste de la ribera del Tigris, en los alrededores del puente Al-Jumhuriya, desde donde, con prismáticos y en la posición del tanque, era visible el rótulo del Hotel Palestina. Al otro lado del río, los periodistas se encontraban agolpados en los balcones del hotel y observaron un movimiento importante de contraataque iraquí con fuego de armas largas, RPG (granadas propulsadas por cohete, lanzagranadas) y morteros, ataque que duró varias horas. Tomlinson relata que había francotiradores iraquíes apostados en los edificios más altos que disparaban a las escotillas de

las torretas de los carros norteamericanos, quienes lograron herir a dos miembros del batallón de Woldford.

Esa misma mañana, cerca del lugar del combate en el lado oeste del puente, el disparo de un misil aire-tierra norteamericano impactó en la oficina de Bagdad del canal qatari Al-Yazira, a consecuencia del cual falleció el periodista Tariq Ayyoub y dejó herido a su cámara, y otro destruyó las oficinas de Abu Dabi TV, sucesos que, por cierto y a pesar de su gravedad objetiva, apenas tendrían trascendencia en el mundo occidental. A fin de debilitar las posiciones iraquíes, e intentar rebajar la intensidad del combate, los mandos militares estadounidenses pidieron apoyo aéreo con objeto de cubrir un cruce de calles y una serie de edificios en la ribera oeste, lo que produjo docenas de muertes en el bando iraquí.

Al proseguir el relato de su investigación, el CPJ echa mano de nuevo de la versión de Tomlinson, quien siguió escuchando las comunicaciones que mantenían las unidades y los oficiales entre ellos y con los mandos superiores en la zona de operaciones. En un momento dado, las fuerzas norteamericanas capturaron una radio iraquí y comenzaron a controlar las comunicaciones entre las unidades de las fuerzas enemigas, por lo que un oficial de la Inteligencia norteamericana con dominio del árabe pudo establecer que un observador avanzado o vigía, dirigía los disparos de los combatientes iraquíes enfrentados a sus enemigos.

A media mañana, cuando se encontraban bajo fuego enemigo, las fuerzas norteamericanas empezaron a centrar su atención en el otro lado del puente Al-Jumhuriya. Dos carros de combate pesados M1 A1 Abrams avanzaron hasta ese puente y, mientras uno de ellos elevaba el tubo y lo bajaba, otro se adelantaba a poca distancia, tratando, según Tomlinson, de localizar al vigía. En su relato de lo sucedido, Sistiaga recuerda como Couso, mientras grababa el que sería el último plano de su vida, le decía: “están apuntando hacia aquí, nos están mirando”. Era la Unidad de Blindados 4-64 Armor, perteneciente a la Compañía Alfa y conocida por el resto de soldados como los *assassins* (‘asesinos’). La munición utilizada por el carro era una granada hueca, sin explosivo, de las que estallan a 3 m del objetivo y dispersa metralla pero apenas daña el edificio. Apuntó a una esquina del hotel, sobre la planta 15, para darle de refilón, casi tangencialmente, y disparó. El impacto movió todo el edificio. Según Tomlinson, ese tipo de munición se destina a matar y no a destruir edificios ya que, si el carro hubiera disparado un obús anticarro blindado, el daño que sufrió el hotel hubiera sido mucho más serio.

Otro periodista norteamericano, Jules Crittenden del *Boston Herald*, también *empotrado* en una compañía del mismo batallón y que había llegado en un acorazado de transporte de personal, confirma el relato de Tomlinson y resalta que “había muchísima preocupación porque todo el mundo estaba buscando al vigía, de hecho, nosotros también. [...] Temíamos recibir una salva de artillería en cualquier momento, lo cual evidentemente queríamos evitar”. Por su parte, Tomlinson, que había cumplido siete años de servicio en las Fuerzas Armadas de su país, subraya que “lo primero que te enseñan como tanquista, o de soldado de infantería, es que hay que eliminar al vigía, pues ese es el blanco de mayor prioridad”, y añadía: “Si eres capaz de matar al vigía ya nadie puede dirigir a las fuerzas de tierra (o el fuego de artillería). Así les robas toda su eficacia”.

Los periodistas expresaron también su sorpresa ante el hecho de que hubiera un intervalo en los combates cuando disparó el carro, lo que permitió que algunos que habían estado observando la batalla desde sus balcones volvieran a sus habitaciones para redactar las crónicas y artículos, pensando que el enfrentamiento se había acabado. Así, mientras Patrick Baz, fotógrafo de la agencia France Presse, dijo: “Yo me pasé la mañana tomando fotos... Había helicópteros. Toda una guerra de Hollywood. Pudimos verlo todo, y ellos nos podían ver a nosotros. Desde el primer día cuando tomaron posiciones en el palacio (el día antes), hasta que dispararon, nos veían igual que nosotros a ellos”. Caroline Sinz, corresponsal de la cadena de televisión France 3 que grabó imágenes desde el piso 14 del Palestina, en las que muestra como los carros de combate situados frente al hotel lanzaron varios disparos contra un edificio al este del río con algunas antenas de satélite en el tejado y, después, como la torre de uno de los carros gira, alza el cañón y, dos minutos después, dispara contra el hotel, afirma: “El combate fue de intensidad entre las 6.00 y las 11.20 horas, y entonces todo se tranquilizó y volvió la calma... Nosotros seguíamos grabando. Le dije al cámara que siguiera filmando porque hay que tener cuidado... Grabamos exactamente quince minutos antes del disparo, y no se oye nada”.

Otros colegas muestran menos certeza ante la idea de que se estuviera en una situación de completa calma, y hacen notar que los enfrentamientos intensos se habían alargado toda la mañana. Tal es el caso de Jerome Delay, fotógrafo de Associated Press que se encontraba en el Palestina, quien manifiesta que le resultaba difícil determinar si los carros habían sido o no, blanco de fuego proveniente de la ribera este del río debido a la distancia entre el hotel y el puente; o de Crittenden, quien se encontraba en el lado occidental del puente e informó de que había oído por radio que había hasta cuarenta equipos de RPG iraquíes en la ribera oriental. Según sus colegas del hotel, antes del disparo contra el establecimiento, se había abierto fuego contra los carros desde varios edificios oficiales en la ribera este y, de hecho, la grabación de Sinz muestra a los carros disparando contra varios objetivos de ese lado del puente.

Lo cierto es que el proyectil golpeó el piso 15 del hotel, en la esquina de la *suite* que usaba la agencia Reuters, hiriendo de muerte a Protsyuk, el cámara ucraniano que había estado en el balcón con la cámara montada y lista, aunque en ese momento no estaba grabando. Delay relata a *Los Angeles Times* como “Taras estaba echado boca arriba en el suelo, inconsciente. Tenía las mandíbulas agarrotadas. Se las forzamos para abrirlas y volvió a respirar”. Lo llevaron a un hospital, donde falleció al llegar debido a las heridas abdominales. Paul Pasquale, técnico de antenas de satélite de Reuters que estaba en el balcón con Protsyuk, sufrió heridas junto con otros dos periodistas de la misma agencia que se encontraban en otro balcón del piso 15: la directora del despacho de la zona del Golfo, Samia Nakhoul, y el fotógrafo Faleh Kheiber. Los cascotes dañaron el piso inferior, donde el cámara español José Couso estaba grabando, a quien también llevaron al hospital con heridas en la pierna y la mandíbula, a consecuencia de las cuales fallecería mientras era intervenido de urgencia.

Al tiempo que, a lo lejos, se podían oír varias explosiones de lo que aparentaba ser fuego de carros, también se veía una columna de humo oscuro que se elevaba sobre la zona oeste del río —que un periodista describe como un ataque aéreo— y que duró varios minutos, antes de que el carro elevase el ángulo del tubo y disparase el obús. La

mayoría de los periodistas no se dieron cuenta inmediatamente de que el hotel había sido alcanzado; así, Baz, que seguía la batalla desde su balcón en el Palestina, explica: “No reaccioné. No me pareció que fuera contra el hotel. [...] En el aparcamiento vi varias personas señalando hacia el hotel. No me enteré de lo que había pasado. Vi gente corriendo. Me pareció que habían dado al edificio de detrás”. Cuando se dio cuenta de que habían herido a algunos periodistas en su piso corrió a recoger el maletín de primeros auxilios, pues “Había gente chillando, gritando, llorando, presas de pánico. Vi un tipo echado en la cama, herido. [...] Recuerdo que tenía la cara cubierta de sangre. Tenía un agujero en la pierna. Era un agujero grande, pero no sangraba”.

En algún momento anterior al disparo contra el hotel, mientras los tanques estaban sobre el puente buscando al francotirador, el comandante jefe de la 2.<sup>a</sup> Brigada de la 3.<sup>a</sup> División de Infantería, coronel David Perkins, se acercó a Tomlinson y al periodista Kelly, de Fox News. Tras intentar el CPJ entrar en contacto con este último, a fin de conocer lo tratado en la conversación, los responsables de la cadena informaron de que no estaba disponible para poder hacer comentarios sobre lo sucedido, lo que no impidió que un oficial de la Fox le confirmase al CPJ el encuentro. Algo desesperado, Perkins explicó que sus tropas se encontraban bajo fuego iraquí desde los edificios del este del Tigris y que estaban estudiando la posibilidad de solicitar un ataque aéreo.

El propio Perkins era consciente de que el Hotel Palestina se encontraba al este del río y en las proximidades del origen del fuego iraquí, así cómo también sabía que el hotel estaba lleno de periodistas occidentales. En tanto Tomlinson dijo creer que todos los comandantes, incluyendo al teniente coronel Philip de Camp, comandante del 4.º Batallón del 64.º Regimiento Acorazado y el capitán Wolford, habrían obtenido esa información, puesto que la 2.<sup>a</sup> Brigada había capturado el Hotel Al Rasheed el día antes, y casi todo el mundo sabía que los periodistas se habían mudado al Palestina; Perkins, que también había observado que los mapas de satélite que usaban tenían unos diez años, tenía una indicación general de localización —según Tomlinson, probablemente con una precisión de varios cientos de metros— y quería que este le ayudara en la identificación visual del edificio para evitar disparar en su contra.

En el intento de obtener una descripción del hotel y comunicarse con los alojados en dicho edificio, Tomlinson llamó a toda velocidad a la oficina de Associated Press en Doha, con la intención de hacer llegar un mensaje a los periodistas del hotel y pedirles que colgaran sábanas de las ventanas para facilitar su identificación por parte de las fuerzas norteamericanas. Casi al mismo tiempo, uno de los jefes de carro situado en el puente y que buscaba al vigía dijo por radio que había observado a una persona con prismáticos al este del río. La escucha realizada por Tomlinson no ha podido establecer con claridad el tiempo transcurrido entre dicha observación y el disparo de obús. Sistiaga relata que fue tras el ataque, cuando se colocó una sábana blanca en el piso donde mataron a Taras y que, de inmediato, aparecieron en otras plantas, de tal manera que la fachada del hotel se convirtió en una colmena de la que colgaban enormes lenguas blancas.

Mientras, en una entrevista celebrada con el semanario francés *Le Nouvel Observateur*, Wolford indicaba que dio una orden inmediata de fuego; en otra con la RTBF de Bélgica que se retransmitió en mayo, el sargento del carro, Gibson, decía que, después de haber observado a alguien hablando y señalando con los prismáticos, informó a sus mandos, pero no recibió la orden de disparo hasta diez minutos después.



Crittenden, que se encontraba en ese momento en la ribera oeste del río con las fuerzas norteamericanas, también recuerda que las tropas, por lo menos, comentaron el blanco y añade que “Me di cuenta de que habían visto a alguien con prismáticos y se aprestaban a disparar... Lo comentaron por radio”.

Siguiendo el relato de Tomlinson, quien escuchó la confrontación verbal entre Wolford y de Camp, oficial superior del primero, sabe que la reacción inmediata de los mandos norteamericanos al ataque contra el Palestina fue de rabia y consternación. Si bien, al principio Wolford no estaba seguro de que el blanco del disparo hubiese impactado el hotel, de Camp empezó a gritar por la radio y a preguntar a su subordinado: “¿Quién ha disparado al Hotel Palestina (sic)?” y “¿Le acabas de disparar al Hotel Palestina?”. Tras una espera de varios minutos, Wolford responde: “Sí, sí, había un observador arriba”, a lo que de Camp remata: “Se supone que no tenías que disparar al hotel”. Tras esta conversación, este ordenó a Wolford que cesara el fuego y acercó el tanque al de su capitán, aparentemente para mantener una conversación en privado y comentar brevemente lo sucedido, así como las razones del disparo, “porque el tema era serio. [ya que] Se suponía que no debían disparar al Hotel Palestina”. Después de haber oído ese intercambio de opiniones, Tomlinson se dirigió inmediatamente al coronel Perkins para informarle de que sus intentos de localizar el Palestina para evitar que fuera alcanzado por fuego aéreo eran ya inútiles, a lo que Perkins respondió: “Ya lo sé, ya lo sé. [...] Acabo de emitir la orden de que bajo ninguna circunstancia se debe disparar al Hotel Palestina, incluso si están bajo fuego, o si ven un tubo de artillería montado en el tejado. Nadie tiene permiso de volver a tirar contra el Hotel Palestina”.

El CPJ supo que varios oficiales del Pentágono, al igual que algunos altos mandos en Bagdad, eran conscientes de que el Palestina estaba lleno de periodistas internacionales y querían hacer todo lo posible para evitar que fuera un blanco; sin embargo, parece que esos mismos oficiales no hicieron llegar su preocupación al jefe del carro que dio la orden de disparo contra el hotel. Lo cierto es que, nada más producirse el fatal suceso, que tuvo lugar durante los combates considerados más duros entre las fuerzas norteamericanas e iraquíes en Bagdad, este se convirtió rápidamente en noticia de primera plana y las organizaciones profesionales y agencias de noticias se pusieron en contacto con las autoridades norteamericanas para determinar el paradero de sus periodistas, al tiempo que todos los medios de comunicación comenzaron a mencionar el hotel a diario en sus informaciones internacionales.

Los reporteros allí alojados, que habían permanecido en los balcones, y hasta en el tejado, durante las veinticuatro horas anteriores informando de los enfrentamientos que tenían lugar en la ribera oeste del río, manifestaron su conmoción y dolor por la muerte de dos de sus compañeros y no encontraban explicación al hecho de que un tanquista norteamericano pudiese haber disparado a un edificio de 17 plantas —uno de los más altos de Bagdad—, cuyo emplazamiento y ocupantes conocía ampliamente el Pentágono y que, además, se encontraba lejos de la zona de acción militar. Tanto el Palestina, como el Sheraton que está al lado, sobresalían del perfil de la ciudad de tal manera que, como comentó un periodista, los dos edificios eran tan fáciles de identificar como las Torres Gemelas de Nueva York. De hecho, en la serie de fotografías que posee el CPJ, se apreciaba también la señal de gran tamaño “Hotel Palestine”, la cual, aunque no se puede determinar si sería visible para el ojo humano, no cabe duda de

que se leería sin problemas usando prismáticos, dado que los periodistas del hotel tenían un buen ángulo de visión de los carros situados a 1 200 m, sobre el puente del Tigris, supusieron que los jefes de carro también les verían a ellos.

El Cuartel General del Centcom, situado en Doha (Qatar), tomó cartas en el asunto varias horas después del incidente, y algunos periodistas formularon una serie de preguntas al general de brigada Vincent Brooks referidas al ataque, quien, tras manifestar su pesar por la pérdida de vidas humanas, observó que colocarse en zonas de combate es peligroso y que las fuerzas militares no pueden saber en qué parte del campo de batalla se encuentran los periodistas no integrados con las tropas norteamericanas. Alegó también que se había desarrollado una “acción de combate” en el Palestina y que “los primeros informes indican que las fuerzas de la coalición que maniobraban cerca del hotel se encontraron bajo fuego desde el *lobby* del hotel y devolvieron los disparos”. Cuando un periodista le preguntó el motivo que llevaría a un carro de combate a disparar contra un piso superior si el fuego provenía del *lobby*, Brooks se desdijo y afirmó que se “podría haber equivocado al comentar el origen preciso de los disparos”.

Varios periodistas hicieron notar que responder con cañones al presunto fuego de armas ligeras parecía desproporcionado, obteniendo como respuesta que “la primera obligación” de los oficiales estadounidenses era la de “proteger a sus propios soldados” y que “no solo estaban en su derecho a disparar, sino que era su responsabilidad”. Aseguró también que sus tropas hacían siempre todo lo posible para evitar la “perdida innecesaria de vidas. [...] Libramos la guerra de la forma más humana y cuidadosa, y procuramos respetar a los civiles; los propios periodistas que cubren este conflicto son testigos de ello. Bagdad es un lugar muy peligroso y desde hace días advertimos a los medios de comunicación acerca del riesgo que corren los periodistas en la ciudad”, de tal forma que “quienes no están integrados en nuestras unidades pueden quedar entre dos fuegos”. Finalmente, concluía afirmando que, a la vista de lo sucedido, creía que “los periodistas no deberían estar ahí”.

Ese mismo día, el Centcom publicó una nota en la que mantiene que “los mandos en el campo de batalla habían informado que sus fuerzas se habían enfrentado a fuego pesado cuyo origen era el Hotel Palestina en Bagdad” para, seguidamente y al igual que había hecho antes Brooks, culpar a las fuerzas iraquíes de haber desarrollado operaciones militares desde emplazamientos civiles, declaraciones que concordaban con las de los mandos superiores de la 3.ª División de Infantería. Recuerda que el comandante jefe de la división, general Buford Blount, informó a Reuters de que el carro que había disparado “se encontraba bajo fuego de armas largas y RPG desde el hotel y que accionó un obús de carro contra el hotel”, idéntica versión que la comunicada a Tomlinson por el coronel Perkins.

Según fuentes del Ministerio de Defensa español, que citan otras del Centcom aliado, el día anterior se comunicó a los periodistas que el hotel había sido declarado cuarenta y ocho horas antes “posible objetivo militar”, algo que ni estos ni tampoco el Pentágono sabían, pues, de ser así, hubiesen recomendado que, previamente, saliesen del país. Su portavoz, que calificó lo ocurrido como “acto de defensa propia”, no citó sin embargo en un primer momento, el hecho de que el carro hubiese sido atacado desde el hotel, pero señaló que, en cualquier caso, los mandos del carro tenían “todo el derecho a defenderse” tras haber detectado francotiradores en el edificio que les

atacaron con armas ligeras, hecho que nadie de los presentes confirmó y que además, según los expertos, no representaba amenaza alguna para su blindaje, algo distinto, por cierto, a si hubiesen sido disparados misiles tipo Milán, lejanamente semejantes en su forma a una cámara de televisión.

Muchos periodistas que fueron testigos directos del incidente, o que se encontraban en el hotel, niegan rotundamente las afirmaciones del Centcom y de algunos mandos en Bagdad que indicaban que el carro de combate devolvía fuego que provenía del Palestina; además, quienes habían estado siguiendo el desarrollo de los acontecimientos desde los balcones, que permitían obtener una panorámica general de todos los alrededores, manifiestan que ni del hotel ni de la zona próxima hubo fuego de arma larga ni lanzamientos de RPG. En torno a lo sucedido, Sammy Ketz, corresponsal de la agencia *France Presse* que se encontraba en un balcón del piso 15 en el momento del incidente, reflexionaba señalando lo siguiente: “Me parece completamente imposible, porque en cada piso y en cada habitación... hasta en el tejado había periodistas y fotógrafos, que estaban observando lo que ocurría”.

Ann Garrels, corresponsal de *National Public Radio* (NPR) y miembro de la Junta del CPJ que había estado informando desde el balcón durante casi todo el conflicto pero que se encontraba en su despacho del hotel cuando sonó el impacto del obús, reiteró esa misma versión: “Estábamos todos en los balcones observando la batalla [...] Hubiéramos visto a cualquier francotirador en el edificio. Se pueden imaginar lo afectados que nos encontramos todos”, y añadía que los compañeros que antes habían estado en el tejado tampoco informaron de actividad de francotiradores ni de disparos. Otros periodistas descartaron la información ofrecida por varios oficiales norteamericanos que indicaban la presencia de un búnker iraquí cerca del hotel.

El teniente coronel de Camp, en el transcurso de una entrevista concedida el 10 de abril a *Los Angeles Times*, tras recordar que había hablado con el periodista francés Adrien Jaulmes y ofrecer disculpas por lo ocurrido —“lamento decirlo, pero soy el tipo que mató a los periodistas”—, reconoció que se había tomado la decisión apropiada y señala no haber tenido elección, ya que había combatientes iraquíes apostados en búnkeres en los bajos del hotel que abrieron fuego de fusiles AK-47 y RPG contra su unidad, razón por la que se vieron obligados a defenderse. En un artículo publicado ya con anterioridad en el mismo medio, el capitán Wolford aseguraba haber dado la orden de hacer fuego contra el hotel después de que uno de sus artilleros de carro se diera cuenta de que alguien les observaba con prismáticos desde dicho establecimiento.

En una línea similar, el capitán comentó también a dicho medio haber recibido datos de los servicios de inteligencia que indicaban la presencia de personas armadas con RPG en la base del hotel y el periódico, citando fuentes militares, señalaba que en ese momento la unidad de Wolford se encontraba bajo fuego de mortero que provenía de la ribera del río donde estaba el hotel. Pocos días después el capitán hizo saber a Jean Paul Mari, del semanario francés *Le Nouvel Observateur*, que su unidad había entrado en acción durante una reyerta, lo cual duró varias horas en la mañana del 8 de abril, y que habían sufrido fuego intenso del enemigo al avanzar hacia el lado este del puente Al-Jumhuriya; además, dos de sus hombres habían sido heridos ese día, y sus carros fueron blanco de cohetes lanzados desde varias direcciones, incluyendo la zona que rodea al Palestina. Explicó a la revista que se encontraba detrás del carro y

que, si bien no sabía de dónde procedían los disparos, después de que sus hombres vieron a un individuo que portaba prismáticos y que algún miembro de la unidad identificó como observador o vigía de artillería, fue él quien autorizó a que abrieran fuego.

Define aquel momento como el de la resistencia “más dura” desde la entrada en Bagdad, así: “Cada uno de sus Abrams recibió al menos un disparo directo. [...] No sabemos de qué altura partió. Los disparos llegaban sin cesar desde ese lugar entre otros, y yo devolví el fuego sin dudarlo. Esa es la regla. Delante de nosotros había un edificio especialmente activo, disparando cohetes y misiles. Llevábamos ya horas en plena batalla, el fuego llegaba sin cesar de este lugar y de otros. Veinte minutos después supe que le habíamos dado al hotel de los periodistas”. Al ser preguntado por si sabía que allí se alojaban los informadores, dice: “No, yo no recibí ninguna información de este tipo”; y, sobre su estado de ánimo, responde: “Me siento mal, mis hombres se sienten mal”.

Citando al propio Wolford, el referido medio proseguía su relato: “Yo, el fuego lo devuelvo. [...] Sin dudarlo, es la regla. 20 minutos después me enteré de que habíamos disparado contra un hotel lleno de periodistas”. En la entrevista, tras reconocer que informó a Crittenden de que el hotel no estaba marcado en sus mapas, el capitán mantiene que el Centcom no le informó de la presencia de periodistas en el edificio, pues “no me imagino ni por un instante que cualquier información que envíe el cuartel general de división no me llegara”. Con posterioridad se publicaron declaraciones del sargento Gibson, en las que afirma que él tampoco tenía constancia de que el edificio estuviera lleno de periodistas. Ambos reflexionaron sobre los posibles motivos que pudiesen explicar el ataque contra el hotel y, así, mientras algunos juzgaban que se trató de un accidente lamentable causado por un jefe de carro, otros lo consideraban una acción manifiestamente temeraria por parte de las fuerzas norteamericanas o, incluso, un acto intencionado de intimidación dirigido contra los periodistas. En todo caso, diversas organizaciones internacionales dedicadas a la defensa de la libertad de prensa elevaron rápidamente sus protestas contra el incidente.

En una carta fechada el mismo día 8, dirigida al secretario de Estado Donald H. Rumsfeld, el CPJ hace notar que “existen fuentes en Bagdad que manifiestan profundo escepticismo frente a informaciones que indican que las fuerzas norteamericanas se encontraron bajo fuego proveniente del Hotel Palestina, e incluso si esto fuera cierto, las pruebas indican que la respuesta de las fuerzas norteamericanas fue desproporcionada y por tanto quebranta la legislación humanitaria internacional” —esto es, las Convenciones de Ginebra—, e insta al Pentágono a “iniciar una investigación inmediata y detallada de estos incidentes y hacer públicos los resultados”. En respuesta a dicha carta, la portavoz del Pentágono, Victoria Clarke, se dirigió el 14 de abril a Joel Simon, director en funciones del CPJ, haciéndole saber que “las fuerzas de la coalición se encontraron bajo fuego y actuaron de manera defensiva al devolver el fuego”. La portavoz aceptó la responsabilidad de su departamento respecto a su obligación de actuar con precaución en el campo de batalla, pero observó que se había avisado a las organizaciones y agencias de noticias de que Bagdad era un lugar “especialmente peligroso” y que deberían retirar a sus periodistas de la ciudad.

En referencia al incidente del Hotel Palestina, el CPJ recuerda que la última comunicación oficial recibida del Gobierno norteamericano tuvo lugar en una carta del secretario de Estado Colin L. Powell dirigida a la ministra de Asuntos Exteriores española, Ana Pala-

cio, con fecha del 21 de abril. En ella, Powell decía que un análisis militar del incidente indicaba que el carro norteamericano había disparado en respuesta a “fuego enemigo que parecía provenir de un punto que posteriormente se identificó como el Hotel Palestina”, y concluía señalando que “el uso de la fuerza estuvo justificado y el nivel de fuerza fue proporcional a la amenaza contra las fuerzas norteamericanas”. A la semana siguiente, durante una visita a España en el momento en que los medios de comunicación nacionales hervían de rabia por la muerte de Couso, Powell repitió que las tropas norteamericanas no habían actuado mal y aseguró que su Gobierno seguiría investigando el incidente.

Sin embargo, a tenor de lo recogido en el informe, no existe ningún tipo de prueba que apoye la posición norteamericana de que las tropas de su país devolvieron el fuego enemigo que provenía del Palestina versión que, además, entra en conflicto con el testimonio directo de los numerosos periodistas allí alojados. Aunque todo parecía indicar que, al disparar el obús, el carro apuntaba a lo que se pensaba era un observador iraquí, surgieron otros interrogantes, y el CPJ no evitó plantear algunas preguntas, entre las cuales destaca una: ¿cómo es posible que un tanquista observe a una o varias personas que llevan prismáticos, espere diez minutos a que le autoricen el tiro, según manifestó el sargento del carro, y en ese tiempo no se dé cuenta de la presencia de periodistas con cámaras y trípodes en otros balcones y en el tejado, o vea la señal de gran tamaño que indica “Hotel Palestine”? Además, el vídeo que grabó el equipo de France 3 muestra que esa mañana el carro, antes del momento del disparo, ya había apuntado el tubo hacia el hotel, pero giró y se retiró, lo que posiblemente indica que tuvieron la ocasión de comprobar la presencia de periodistas en los balcones.

Según Tomlinson, los esfuerzos que realizó Gibson para informar de la posición del supuesto vigía tenían lugar mientras el coronel Perkins intentaba desesperadamente contactar con el hotel para evitar bombardearlo durante un ataque aéreo, pero entonces, ¿por qué no se le dieron instrucciones al comandante de la unidad de carros para que comprobara el blanco y se asegurara de que no era el Hotel Palestina? Incluso, antes de ese momento, ¿por qué no se informó a las unidades militares de la presencia de un emplazamiento civil de importancia en el campo de batalla? Las comunicaciones por radio captadas por Tomlinson, junto con la reacción de Perkins a raíz del disparo, plantean una serie de dudas que se refieren a lo adecuado de las medidas que se tomaron para evitar el disparo pues, si bien parece quedar claro que Perkins estaba preocupado por la posibilidad del ataque al hotel y que de Camp estaba enfadado y molesto después del disparo, Tomlinson señala que Perkins le dijo que, después de lo sucedido, había dado orden de no atacar el hotel bajo ninguna circunstancia, por lo que, si ese era su objetivo, y sus comentarios al periodista demuestran que realizaba ímprobos esfuerzos para evitar un *raid* aéreo contra el hotel, cabe preguntarse ¿qué le impidió cursar la orden de evitarlo a las tropas?

El coronel de Camp parecía estar tan furioso después del ataque que ordenó a Wolford el cese del fuego y se desplazó a la zona para celebrar una reunión privada con él. El CPJ se pregunta por los temas que trataron en la reunión, algo que sólo mediante una investigación transparente y concienzuda se podrá saber. Finalmente, hay varios comentarios que formula Wolford que parecen contradecir tanto sus propias palabras como los testimonios de otros oficiales, sobre todo, cuando declara en entrevistas con la prensa que disparó de inmediato, aunque el jefe de carro afirma que

pasaron unos diez minutos entre el momento en que informó de la presencia del vigía y la orden de disparo. Tales declaraciones resultan algo confusas cuando asegura, por una parte, que el carro que disparó al Palestina estaba “devolviendo” el fuego pero, por otra parte, afirma rotundamente en otras ocasiones que el carro disparó contra un vigía con prismáticos, razón por la que el CPJ vuelve a preguntarse: ¿y no podría incluso ser que el carro apuntó a otro blanco y falló el tiro? o ¿cuál de estas versiones es la correcta? Para el CPJ, estas y otras preguntas solo las podía responder el Pentágono, que debía ofrecer una explicación completa y pública acerca de cómo se desarrollaron los hechos el 8 de abril. A pesar de que el Secretario de Estado, C. Powell, afirmó en abril que el incidente seguía bajo análisis, existían pocos indicios de que una investigación completa, detallada y pública se fuese a completar con rapidez.

## II. El informe de Reporteros sin Fronteras

Según el informe anual de Reporteros sin Fronteras, hecho público el 6 de enero de 2004, al Ejército de Estados Unidos se le podía considerar responsable de la muerte de al menos cinco periodistas en Iraq, si bien eso sería muy difícil de probar ya que “en ninguno de los casos una investigación digna de ese nombre ha aclarado las circunstancias de esos dramas”. Pocos días después, la misma organización hizo público otro informe de 30 páginas titulado “Dos muertos [asesinatos, decía *El País*] para una mentira”, redactado por el periodista de *Le Nouvel Observateur* Jean Paul Mari, en el que acusaba al Gobierno de Washington de ser responsable de la muerte de los dos periodistas que habitaban el Hotel Palestina de Bagdad —Couso y Protsyuk—, y de las heridas provocadas a otros tres, al estimar que la tesis oficial de la “legítima defensa en respuesta a los disparos directos” que provenían del hotel, “inmediatamente avanzada, afirmada y mantenida hasta el más alto nivel del Estado americano” fue, de hecho, “una mentira de Estado”, responsabilidad compartida por el Gobierno norteamericano y el Cuartel General de sus fuerzas armadas en Iraq.

Para Reporteros sin Fronteras, al jefe de dicho cuartel general y comandante de la 3.<sup>a</sup> División de Infantería, el general Buford Blount, le correspondía una “grave responsabilidad”, la de no haber informado a sus tropas de la presencia de periodistas en el hotel, toda vez que el disparo contra el establecimiento “no es un disparo deliberado contra periodistas o la prensa de Bagdad”, ya que los militares americanos sobre el terreno no estaban informados de la presencia masiva de periodistas en el establecimiento, pues, “si lo hubiesen estado, no habrían disparado”. En consecuencia, la organización exonera de toda responsabilidad al capitán Wolford, que autorizó el disparo, y al sargento Gibson, que lo pidió y ejecutó. Para Mari, la presencia de periodistas en el hotel, conocida por el general Blount, “no fue nunca mencionada a las tropas sobre el terreno, ni señalizada en los planos de los observadores de artillería”, por lo que “la cuestión es saber si esta información fue retenida voluntariamente por desprecio o por negligencia criminal”. A su juicio, “a nivel superior, el poder político, es decir el Gobierno americano, comparte esa responsabilidad” y, según él, “sus dirigentes han hecho regularmente declaraciones sobre el estatuto de los corresponsales de guerra en



Iraq que habían transmitido a todos los escalones, lo que constituye la crónica de un drama anunciado”.

Reporteros sin Fronteras establece que el Gobierno norteamericano había buscado durante la guerra de Iraq crear un doble estatuto para los periodistas, de una parte los que estaban *embedded*, ‘empotrados’ entre sus tropas, a los que se aseguraba la protección y, de otra parte, los denominados *independientes*, a los que era preciso sacar de la manera más rápida posible del teatro de operaciones. En este sentido, cabe recordar que, días después de su entrada en Bagdad, la 3.<sup>a</sup> División de Infantería de Marina rindió homenaje a los ocho compañeros fallecidos en el conflicto y también a los tres periodistas muertos *empotrados* en la unidad: David Bloom (NBC), Christian Liebig (Focus) y Julio Anguita Parrado (*El Mundo*). En el discurso que dirigió a los presentes, el coronel Perkins dijo que “existen razones valiosas por las que morir. La libertad es una de ellas” y que los periodistas “se ganaron nuestro respeto porque soportaron algunas privaciones con el fin de informar de lo que sucedía en el frente de batalla”.

De vuelta al informe de Reporteros sin Fronteras, en el mismo se considera que la investigación final del Ejército de Estados Unidos sobre este asunto “no es tal”, por lo que pide “retomar las investigaciones para responder a las verdaderas cuestiones que plantea la doble muerte del suceso del Hotel Palestina” y rechaza el resultado de la investigación del Ejército estadounidense que, el 12 de agosto de 2003, había eximido de toda responsabilidad a sus soldados, ya que sus portavoces ocultaron “que sus militares sobre el terreno no fueron nunca informados de la presencia masiva de periodistas en el Hotel Palestina”. En base al resultado del citado informe, el Gobierno de Estados Unidos mintió cuando, en las horas siguientes al disparo, aseguró que sus soldados habían actuado en legítima defensa y respondían a “disparos enemigos procedentes del hotel”, y volvió a mentir cuando tuvo que sustituir “los disparos directos por la noción de un equipo de cazadores asesinos que justificaría la legítima defensa”. Al reportero de Telecinco, Jon Sistiaga, compañero de Couso y miembro de la ejecutiva española de Reporteros sin Fronteras, le parece un informe excelente pero considera que no puede en absoluto exonerarse de responsabilidad a Wolford y Gibson, sobre todo, porque este último cambió el proyectil de su tanque (por un obús *high explosive* que explota al acercarse al objetivo) antes de disparar.

El presidente español de Reporteros sin Fronteras, Fernando Castelló, con ocasión de la celebración del día de la Libertad de Expresión, en un artículo publicado en el diario *El País* (3 de mayo de 2004), analizaba la responsabilidad de Estados Unidos a la hora de esclarecer las muertes de reporteros de guerra en Iraq, conflicto en el que, desde su comienzo, habían fallecido 23 periodistas, cinco de ellos en 2004 y diez a causa del fuego de las fuerzas armadas norteamericanas. Recuerda que, ni el Gobierno ni el Ejército de Estados Unidos, tras investigaciones cerradas a cal y canto que, coincidentemente, concluyen que las tropas actuaron en “situación de legítima defensa” y “de acuerdo con las reglas”, han reconocido responsabilidades en dichas muertes; también expone el hecho de que el portavoz del Pentágono, Brooks, llegó a afirmar que “nosotros no conocemos todos los lugares donde operan los periodistas durante los combates; solo conocemos las posiciones de aquellos que trabajan con nosotros” lo que, a su juicio, equivale a crear un “doble estatuto” para los periodistas, según estén o no integrados entre las fuerzas atacantes. De esta manera, existirían los



“protegidos” y los “ignorados”, lo cual constituye una violación anunciada de la necesaria pluralidad informativa y de las Convenciones de Ginebra.

Con arreglo a ese planteamiento, no le extraña que la situación del Hotel Palestina no estuviera señalada como “*non firing zone*” (‘zona vedada de tiro’) en los mapas militares, ni que la información sobre la presencia masiva de periodistas en el hotel no fuera comunicada a las unidades blindadas que dispararon centenares de proyectiles contra la orilla este del Tigris, donde estaba el Palestina. Dado que todavía no se había realizado una encuesta oficial fiable y en profundidad, sigue amparándose en la realizada por Reporteros sin Fronteras, en la que se establece la responsabilidad principal, por negligencia criminal, del general Blount, por no haber comunicado al mando sobre el terreno ni señalar en los mapas de sus artilleros la presencia de periodistas en el hotel, edificio que debería haber sido declarado *non firing zone* según las Convenciones de Ginebra, así como del Gobierno norteamericano, por inducción no menos objetivamente criminal, al advertir a los periodistas no integrados entre sus tropas de que se atuvieran a las consecuencias y no reprender siquiera a quienes los mataban. Para tratar de conocer lo sucedido y exigir las correspondientes responsabilidades, recuerda que, además de apoyar jurídicamente a la viuda de Couso, Reporteros sin Fronteras se había personado en la causa abierta ante la Audiencia Nacional por el fallecimiento del cámara y había presentado ante el Congreso de Estados Unidos, en nombre de seis de las familias de las víctimas, una petición de esclarecimiento de dichas muertes.

### III. La familia de Couso

En un primer comunicado, la familia del cámara español consideró lo ocurrido en el Hotel Palestina “un brutal crimen de guerra, ya que viola el Protocolo Adicional I a la Convención de Ginebra”, razón por la que exigía “una investigación internacional que esclarezca de manera creíble y fehaciente los dudosos motivos que ha rodeado tan brutal asesinato”, y anunciaba la presentación de una querrela contra las Fuerzas Armadas de Estados Unidos, el ministro de Defensa español, Federico Trillo, y el presidente del Gobierno José María Aznar. Al mismo tiempo, desde Telecinco se pedía al embajador de Estados Unidos en España la apertura de una investigación que “aclare de forma válida y creíble las circunstancias en que se produjo” su muerte y se entregó un escrito en el Ministerio de Asuntos Exteriores español en el que exigía la presentación de una queja diplomática ante el Gobierno de Estados Unidos, y pedía que dicho departamento informase a la familia de las causas y circunstancias del fallecimiento y le comunicase las gestiones de la investigación y la respuesta oficial que le fuese facilitada. La ministra reiteraba que el Gobierno ya había pedido esa información y, en función de la respuesta, “tomará las medidas que estime oportunas”.

El portavoz de la familia, después de reconocer que habían decidido ser prudentes tras una conversación con el vicepresidente Mariano Rajoy, exigió una rectificación a la ministra Palacio sobre sus declaraciones en torno al caso —“aun en el caso de que fuera un error de un blindado, no es una cuestión para condenar a un país, no tiene entidad desde el punto de vista del Gobierno”— y la califica de “imprudente”, pidiéndole que “se calle si no sabe explicarse y se entere de lo que sabe toda la opinión pública,

las declaraciones de los jefes de la unidad americana en las que se responsabilizan de lo ocurrido". Agrega que la ministra dice que "hay versiones contradictorias", cuando todos los compañeros de Couso se mostraron unánimes al reconocer que no hubo disparos desde el hotel, además de que era un hecho "sobradamente conocido" para Estados Unidos que el hotel estaba ocupado por numerosos periodistas extranjeros.

Además, califica de "surrealista" la carta que el secretario de Estado, Colin L. Powell, remitió a la ministra, en la que justificaba la muerte de Couso, debido al hecho de que mantener la primera versión quiere decir que "no ha habido implicación de ningún tipo" y asegura que "no es de recibo decir que está justificado abrir fuego contra un hotel lleno de periodistas cuando, según los testimonios de testigos y periodistas, no había franco-tiradores ni soldados iraquíes. Es una mentira", pues él, como periodista y militar, sabe "cómo funciona esto"; y en mayor medida cuando el propio código militar norteamericano indica que, "incluso en tiempo de guerra, la gente es responsable". Considera que esa versión "vuelve a matar la verdad y la justicia" y, en ese sentido, critica al Gobierno español por incumplir sus propias promesas y aceptar la verdad preliminar sin cuestionarla, razón por la que pide "el amparo de la Corona en su papel moderador", así como el de la sociedad española, para obtener el respeto a la verdad y la justicia.

Tampoco comprende la postura del Gobierno español, ya que parece "el defensor de la mentira" y "quiere dar carpetazo igual que ha dado el propio Colin Powell", por lo que le recuerda "la enorme responsabilidad" que tiene en el caso y en "la defensa de lo que es la verdad y la justicia, y tiene que mostrar una postura muchísimo más humana", recordando que su principal objetivo es "asegurar la situación" de la viuda y de los dos hijos del periodista. Asimismo, exige "por enésima vez" el amparo del Ejecutivo, para que "no acepte la insultante respuesta del Gobierno americano, que ofende a la inteligencia de toda la sociedad", así como del Parlamento para que inste al Gobierno a solicitar una investigación seria y formal, así como a la Fiscalía General del Estado y el poder judicial con el fin de que se haga justicia por tan "brutal crimen", petición que hacen extensiva a los medios de comunicación y a todas las asociaciones de periodistas para que continúen "su férrea defensa del universal y constitucional derecho a la información".

El portavoz de la familia subraya, finalmente, que no hacen responsable de la muerte al Ejecutivo español, porque Couso se encontraba allí independientemente de que España apoyase o no la guerra, pero sí denuncia la actitud de "abandono y desamparo" a la que se ven sometidos en relación con la petición de responsabilidades "en el tremendo crimen cometido", por lo que exige al presidente Aznar que, al regreso de su entrevista con Bush, traiga un informe del Pentágono "en el que diga la verdad de lo que pasó [...], los nombres de los responsables y las disculpas oficiales".

Al cumplirse un mes de su muerte, familiares, amigos y compañeros de Couso (alrededor de cien personas) se concentraban ante el Ministerio de Asuntos Exteriores para reclamar una investigación, acto que repitieron por la tarde ante la embajada de Estados Unidos. Su hermano calificó lo sucedido como "crimen de guerra contra la prensa" y pidió que se investigase y se hiciese justicia, planteando la posibilidad de solicitar una compensación a Estados Unidos, así como que se juzguase a los culpables. Informó de que existía un equipo de abogados estudiando la posibilidad de interponer una denuncia, si bien reconoció que los soldados norteamericanos "juegan con una

impunidad increíble”, ya que su Gobierno no firmó el Protocolo Adicional I de 1977, en el que se habla de los civiles, incluyendo a los periodistas.

Otro de sus hermanos leyó un comunicado, distribuido a los presentes, en el que se criticaba tanto la postura del Gobierno de Estados Unidos como del español, cuyo papel, asegura, “ha sido vergonzoso, tanto con la familia de José como en el tratamiento público de la noticia”, y añadía lo siguiente: “Desde los continuos desatinos de Ana Palacio hasta la canalla indiferencia de José María Aznar, la familia Couso no sufre más que un calvario de desamparo y humillación”. También se dice en el comunicado que, con el ataque al Hotel Palestina, Estados Unidos intentó “intimidar a la prensa, silenciarla y expulsarla”, afirmación avalada por el hecho de que el disparo del tanque fue realizado “sin prisa y con precisión calculada”. La familia esperaba, con este tipo de actos, convertirse en una “continua pesadilla” para el Gobierno.

#### **IV. La reacción del Gobierno español**

Dentro de las numerosas reacciones que produjo el suceso del Hotel Palestina, merecen resaltarse las de la familia de Couso y las de sus compañeros de profesión, quienes consiguieron no solo movilizar a la opinión pública, sino también obligar a las autoridades a implicarse en el tema. En un primer momento, el Gobierno español anunció que intentaba “recabar información” sobre lo sucedido, sin confirmar la presentación de queja diplomática alguna, y el presidente Aznar declaraba que, tras recibir de Bush “su pesar y solidaridad”, se había tratado de una “desgracia terrible” de la que hacía responsable al régimen iraquí y recordaba a los periodistas los “riesgos que se corren” en el ejercicio de la profesión en tiempos de guerra.

Por su parte, el ministro de Defensa, Federico Trillo, señalaba en el Senado que, ante versiones contradictorias sobre lo sucedido —la del Pentágono, de que se disparó tras ser atacado por francotiradores desde el hotel, y la que facilitó el mando norteamericano en Qatar al Ministerio de Defensa español, relativa a la declaración del hotel como objetivo militar cuarenta y ocho horas antes, tras detectarse reuniones de iraquíes en su interior—, “nosotros no estamos en la zona ni tenemos tropas de combate ni podemos tener mayores garantías que las de enfatizar que son ejércitos que están tratando de actuar con arreglo al Derecho Internacional”, calificando los hechos de “gravísimo error”, dando por buena la versión ofrecida por el Pentágono de que el ataque no fue premeditado, aun cuando, ante una pregunta de un periodista sobre si se había presentado algún tipo de queja a Estados Unidos, dijo que “Ya lo hicimos ayer”. El día, en el Congreso, el ministro aseguraba que en el hotel “había fedayines y equipos del Ministerio de Información Iraquí”, dato que dijo haber oído de boca de periodistas españoles y del propio compañero de Couso, Jon Sistiaga, argumento esgrimido por Estados Unidos para declarar el hotel objetivo militar, si bien insistió en que este hecho “no justifica un gravísimo error que espero sea investigado hasta el final”.

Por su parte, la ministra Ana Palacio, tras admitir que había reclamado información al Gobierno de Estados Unidos, reconocía que no era una solicitud de explicaciones “en sentido diplomático”, ni de exigir una investigación oficial o personarse en la que de oficio habían abierto las Fuerzas Armadas norteamericanas, aunque la muerte de

los dos cámaras se produjo en “circunstancias sorprendentes”. En su declaración, se limitaba a expresar su pesar por “todas las víctimas que se están produciendo en Iraq, las víctimas en términos generales de todas las guerras que pueda haber en el mundo y las víctimas también del terrorismo”. Al día siguiente de la muerte de Couso, un portavoz de Ministerio de Exteriores informaba que Palacio había hablado dos veces con Powell y estaba estudiando cómo seis periodistas que deseaban salir del Hotel Palestina podían hacerlo, ya que estaba “tomado por los iraquíes y es objetivo militar”.

Pero el Gobierno no aludió a la versión del mando de Qatar y se limitó a señalar que solo tenía conocimiento de que era peligroso permanecer en Iraq, por lo que recomendó por dos veces abandonar el país, sobre todo, después de conocer que un grupo de periodistas tenía pensado organizar un convoy para salir de Bagdad hacia Jordania. Mientras Javier Arenas, ministro de Administraciones Públicas, consideraba que “ya se han dado las explicaciones pedidas. Ahora hay que concentrarse en atender a su familia”, el vicepresidente Mariano Rajoy subrayaba, en referencia a la carta de Powell, que Estados Unidos ya había contestado a España “al máximo nivel posible”.

En su visita a Madrid, el 1 de mayo, ante las preguntas de los periodistas, el secretario de Estado Powell dijo que “seguimos investigando” lo sucedido, que hablaba constantemente con Rumsfeld y el general Tommy Franks en busca de datos por “si ocurrió algo inapropiado” y concluía: “fue un terrible accidente. Realmente creemos que fue un trágico accidente de guerra. Sabíamos lo que era aquel hotel, y por eso no había sido atacado en los bombardeos aéreos, pero aquel día tuvimos una batalla en tierra cuando jóvenes soldados americanos fueron atacados muy gravemente con riesgo para sus vidas. En el calor de la batalla, dispararon y le dieron al hotel en el que estaban el señor Couso y otros. No creemos que nuestros soldados sean culpables, porque actuaron en autodefensa y utilizaron la fuerza adecuada en esa circunstancia”. Por su parte, Ana Palacio destacó entonces que la muerte de Couso fue “una tragedia para lo que significa el derecho a la información en nuestras democracias” y afirmó que “el Ejército de Estados Unidos es riguroso en el control de este tipo de situaciones”.

## V. La reacción de los partidos políticos

Como era lógico predecir, tras los intensos debates que había provocado la decisión del Gobierno español de implicarse de forma directa en el conflicto de Iraq, en contra de la mayoría de la opinión pública, los distintos grupos políticos trataron de aprovechar el suceso para atacar al Ejecutivo y al grupo que lo apoyaba. Así, en el Pleno del Congreso de los Diputados de 29 de abril, con la presencia de los familiares de Couso en la sala, se abordó el tema de las muertes de este y de Julio Anguita Parrado y, además de rendirle homenaje a ambos, se produjo un debate que terminó con la negativa del Partido Popular (PP) a votar una condena de la “acción militar” que había provocado la muerte de Couso.

Respecto a esta, la diputada Begoña Lasagabaster (Eusko Alkartasuna [EA]) habló de crimen de guerra e Ignasi Guardans (CiU), tras hacer un recordatorio de la existencia del Derecho Internacional humanitario en tiempo de guerra, puso de manifiesto que el Gobierno tenía la obligación jurídica y moral de exigir una investigación por la muerte

de un ciudadano español. Todos los grupos de la oposición aceptaron una enmienda de CiU en la que se lamentaba la muerte de los dos periodistas, se condenaba la acción militar que provocó el fallecimiento de Couso y se exigía a Estados Unidos una “investigación exhaustiva, con determinación de responsabilidades”. El representante del PP, Gustavo de Arístegui, calificó a los muertos de “héroes de la libertad de expresión” y dio seguridades de que el Gobierno estaba intentando esclarecer los hechos a la vez que estudiaba “cómo articular las necesarias y justas compensaciones”.

De nuevo, los partidos de la oposición pedirían al Gobierno en el Parlamento que exigiese una respuesta a Estados Unidos por este “crimen de guerra”. El PSOE anunció que estaba buscando apoyos en la oposición para que el Pleno del Congreso, donde se debatirían varias proposiciones no de ley sobre las muertes de Parrado y Couso, incluyese una condena del “crimen de guerra” que fue la muerte del segundo de ellos. Su portavoz, Jesús Caldera, criticó las explicaciones de Powell y rechazó la excusa con la que Estados Unidos había explicado la muerte de Couso —dispararon porque “respondían a fuego enemigo”—, reclamando una “condena moral y ética” de lo ocurrido y que se exigiesen las responsabilidades previstas en los convenios internacionales. Confiaba en que el Gobierno apoyase la iniciativa y, en sus propias palabras, “no nos conduzca a la ignominia” de no condenar esa acción.

Por parte de Izquierda Unida (IU), su coordinador general, Gaspar Llamazares, calificó de “burla” las explicaciones de Powell, criticó las “falsedades y excusas del Pentágono” y afirmó que la implicación del Gobierno español en la guerra “le hace responsable subsidiario político y civil del asesinato de José Couso”. Días después, tras constatar que el Gobierno “intenta echar tierra” sobre ambas muertes y que el Ministerio de Asuntos Exteriores “está más por tapar responsabilidades que por presionar” a Estados Unidos para que investigue lo sucedido, Llamazares declaraba que IU solicitaría la constitución de una comisión parlamentaria de investigación para aclarar las circunstancias y las posibles responsabilidades en el fallecimiento de los dos periodistas españoles, ya que consideraban que la muerte de Couso fue un “asesinato claro”.

Posteriormente, el 25 de noviembre, se produjo una bronca parlamentaria en el Congreso de los Diputados, al rechazar el PP una proposición no de ley firmada por todos los grupos parlamentarios de la oposición en la que se pedía la condena de la muerte de Couso y que se investigase la misma, así como que el Gobierno reconociese institucionalmente el trabajo del mismo y de los demás periodistas muertos en la guerra de Iraq. A fin de revestir el debate de cierta solemnidad, todos los portavoces de la oposición subieron a la tribuna, en lugar de intervenir desde sus escaños. En tanto que Manuel Marín (PSOE) denunciaba que el Gobierno estaba iniciando un lento proceso de rectificación en sus posiciones sobre la guerra de Iraq y pedía que resolviese el problema de la familia de Couso y se hiciese justicia sobre lo ocurrido, Guardans, en un tono de gran dureza, exigía que el PP reclamase una investigación “rigurosa e independiente” y que dejase de considerar a Couso como un muerto “de segunda”. Desde IU, Alcaraz se preguntaba por la “escala moral” de un Gobierno que ni siquiera condenaba lo ocurrido, mientras Luis Mardones (Coalición Canaria [cc]) recordaba que las leyes militares norteamericanas harían posible la investigación y, en su caso, la condena de lo ocurrido.

En defensa de las tesis del Gobierno intervino Gustavo de Arístegui (PP), quien tuvo que llevar a cabo su intervención en medio de una gran bronca, al comenzar pidiendo

un aplauso de su grupo como homenaje a Couso y al resto de periodistas muertos en Iraq, lo que motivó que, mientras los populares aplaudían, los de la oposición aporreasen los escaños en señal de protesta, repetida cuando sostuvo que no se puede efectuar una condena cuando los hechos no están claros, rechazando que el Gobierno español fuese “seguidista” del de Estados Unidos. Igual reacción se produjo cuando la presidenta anunciaba el resultado de la votación, en la que el PP se quedaba una vez más solo ante los demás grupos parlamentarios.

Con ocasión del primer aniversario del ataque al Palestina, al ser preguntado por si creía que pudiese existir predisposición por parte del nuevo Gobierno socialista para convocar una comisión de investigación sobre la muerte de Couso, Llamazares afirmaba que “parece ser que existe” y que esta era “favorable”. Explicó, además, que IU había pedido al entonces ministro de Asuntos Exteriores, Miguel Ángel Moratinos, que exigiese al Gobierno norteamericano “de manera inmediata, la responsabilidad y la clarificación del asesinato de José Couso”, añadiendo que la petición incluía que se estudiase la posibilidad de reconocer a la familia de Couso como “golpeada por un atentado, en este caso de terrorismo de Estado” algo que, a su juicio, “parece ser que va a ser estudiado porque hay una predisposición favorable”.

## VI. La reacción de los organismos internacionales

Los sucesos del Hotel Palestina obtuvieron también, como era lógico, un amplio eco a nivel internacional, de tal manera que, casi de inmediato al ataque del día 8 de abril, un portavoz de la CE anunciaba que se iban a realizar gestiones ante el Gobierno de Estados Unidos para aumentar la protección de los periodistas en Iraq y recordaba que la Convención de Ginebra protege el trabajo de los informadores en zonas de conflicto, por lo que “tomar a los medios como objetivos va contra la Convención”.

Por su parte, la sección española de AI consideró que el ataque al hotel había sido una violación de la Convención de Ginebra y, tres meses después de la muerte de Couso, responsables de dicha sección hicieron entrega a su familia, ante la sede del Ministerio de Asuntos Exteriores, de una postal simbólica que representaba las 40 000 peticiones que ciudadanos españoles dirigieron al presidente del Gobierno en las que le exigían llevase a cabo una investigación “inmediata, independiente e imparcial” sobre la muerte del periodista, toda vez que había acontecido en circunstancias no explicadas adecuadamente por parte de las autoridades norteamericanas, razón por la que durante el acto, una miembro de AI recordó que seguía sin aclararse la actuación de las tropas de Estados Unidos en dicho suceso.

Desde Bruselas, la Federación Internacional de Periodistas (FIP) denunciaba que “bombardear hoteles donde se alojan periodistas y señalar a medios árabes como objetivos son hechos particularmente graves en una guerra lanzada en nombre de la democracia” y su secretario general, Aidan White, pedía una “investigación internacional e independiente” de los hechos. El CPJ remitió una carta a Rumsfeld en la que expresaba su indignación por la muerte de tres periodistas en Bagdad por disparos de tropas estadounidenses, en especial por el misil que alcanzó la sede de la cadena de televisión Al-Yazira y que mató a un cámara, lo que levantó sospechas sobre si se



trató de un ataque deliberado, el mismo sistema que utiliza el Instituto Internacional de Prensa (IPI) para protestar ante Rumsfeld por el ataque “de la forma más tajante” y exigir a su Gobierno que recordase a sus tropas que todos los periodistas deben disfrutar de protección. Si bien puede llegar a aceptar que el cañonazo contra el hotel pudo no haber sido deliberado, sí califica de “brutal” el ataque contra la sede de Al-Yazira.

La organización Reporteros sin Fronteras declaró estar “aterrorizada” e “indignada” por lo sucedido, y su secretario general, Robert Ménard, afirmó: “Estamos consternados por la gravedad de los ataques estadounidenses contra los periodistas. En un solo día, han muerto tres periodistas por disparos del ejército norteamericano en Bagdad. Se sabía que los lugares elegidos como blancos para los ataques albergaban a los periodistas, que se trataba de las oficinas de Al-Yazira o del célebre Hotel Palestina”.

A nivel interno español, la Federación de Asociaciones de Prensa pedía al Gobierno que “abra una investigación minuciosa” y recordaba que la Convención de Ginebra ampara a los periodistas. Su presidente, Alejandro Fernández Pombo consideró “gravísimo” e “imperdonable” el ataque y añadió que, cada vez que muere un periodista, “es luto para toda la profesión”. Por su parte, un grupo de 28 periodistas españoles que cubrían la guerra desde Bagdad anunciaban que emprenderían acciones legales para esclarecer la muerte de Couso, pues fue “un asesinato y viola todas las convenciones internacionales”. Los periodistas acreditados en el Parlamento español boicotearon la presencia de Aznar tanto en el Senado (dejaron sus útiles de trabajo en el suelo) como en el Congreso de los Diputados (le dieron la espalda cuando se sentó en el escaño y exhibieron fotografías de Couso, llegando a ser desalojados por los servicios de seguridad). El vicepresidente Rajoy aprovechó para trasladarles un mensaje de comprensión del Gobierno por los difíciles momentos que atravesaba la profesión.

Aprovechando lo sucedido, la Federación de Sindicatos de Periodistas pretendía poner de relieve la situación de precariedad en la que se encuentran muchos trabajadores de la información. Así, mientras a Parrado se le permitió ir a Iraq como corresponsal de guerra a pesar de no pertenecer a la plantilla de *El Mundo*, respecto a Couso dice que “la cámara con la que ha filmado el horror de esta guerra era suya y él era su propia empresa; esa cadena de televisión contrató sus servicios y renovaba periódicamente ese contrato, pero no lo tenía entre sus trabajadores de plantilla”. También expresaron su pesar por lo sucedido la Asociación Nacional de Informadores Gráficos de Prensa y Televisión (ANIGP-TV), la Casa Real, el Gobierno, los partidos de la oposición y los presidentes de las comunidades autónomas.

Ese año, se conceden los Premios Ortega y Gasset de Periodismo a los periodistas españoles que cubrieron la guerra de Iraq, lo que se entendió como un homenaje a los allí fallecidos. Cabe señalar estas reacciones: la de Alberto Sotillo (*Abc*) —“Hemos hecho todo lo posible para que esta vez no se haga realidad ese viejo precepto de que la primera víctima de la guerra es la verdad”—; la de Olga Rodríguez (Cadena *SER*), para quien el premio reconoce que la presencia de periodistas en las guerras “no solo sirve para relatar y denunciar, sino también de salvaguardia frente a las atrocidades de uno y otro bando”, la de Ángela Rodicio (Televisión Española) quien recordó los intentos de los Gobiernos norteamericano y español para que los periodistas abandonasen Bagdad y aseguró que estos habían dado “una lección de independencia y de rigor, en contra de las indicaciones del Pentágono y del Gobierno español”; o la de María



Antonia Sanchez-Vallejo (Colpisa), quien explicaba que los periodistas “pudimos haber sido víctimas del fuego amigo, informativamente hablando, o de la desinformación tendenciosa por parte Iraqí. Pero hemos resistido. Desgraciadamente, dos compañeros han sido víctimas reales, que no informativas, de esta guerra”.

Precisamente, en el acto de entrega de dichos premios, el 8 de mayo, el escritor mexicano Carlos Fuentes, en su discurso titulado “Ejercer el periodismo es ejercer la libertad social”, entre otras cosas, dijo:

La lista de periodistas victimados, más que físicamente, en su dignidad profesional crece cada día. Ph. Smucker, del *Christian Science Monitor* de Boston y del *Daily Telegraph* de Londres, fue expulsado de Iraq por las autoridades norteamericanas. Su pecado: poner en peligro la guerra mediante reportajes demasiado precisos. El legendario P. Arnett destituido por la NBC. Su pecado: expresar un punto de vista profesional opuesto al punto de vista oficial. Un trío honorable de periodistas españoles —Pachu, Pedro y Jon Andar— ante la imposibilidad de informar verazmente declararon: “No somos corderos de un rebaño. No nos callarán”. Qué gran triunfo. Pero qué doloroso triunfo, cuando el corresponsal de la ABC tiene que abandonar el frente ante el sesgo informativo impuesto por el comando central de la invasión, cuando el corresponsal en Doha de *The New York Times* tiene que reprochar la falta de veracidad de las autoridades militares de ocupación, cuando el corresponsal de Televisa J. López Dóriga tiene que denunciar la contradicción entre los partes militares optimistas y la cruda realidad de una campaña de costos imprevistos o cuando dos de los mayores mcs británicos —la BBC y *The Independent*— denuncian la exclusión de los corresponsales que no siguen la línea oficial de Bush y de Blair. Qué razón asiste a E. Subirats cuando afirma que estamos ante un totalitarismo mediático caracterizado por la manipulación a nivel planetario. En efecto, C. Ricce no se mide cuando ataca a lo que llama “la prensa incómoda”, pero ¿es otra la misión más inmediata de la prensa: incomodar, quebrantar dogmas, afirmar verdades desagradables? A los periodistas censurados y obstaculizados se añaden trágicamente los muertos en el cumplimiento de su deber: Couso, víctima de la fuerza invasora, y Anguita Parrado, de la defensora.

A su juicio, la guerra del Golfo fue un espectáculo ascético, de tal manera que “Asistimos, noche a noche, a un espectáculo televisado a colores en tiempo real. Hermosos juegos de artificio. Nunca vimos los cadáveres. Esta vez, sí”. Desde Qatar, la emisora Al-Yazira se ha encargado de diseminar las imágenes de la muerte y la destrucción, tan cuidadosamente maquilladas hace diez años, imágenes que llegan a 40 millones de árabes que han visto morir a sus hermanos en una contienda sin justificación, como las vieron millones más en todo el mundo, millones de ciudadanos que se preguntan, a veces con la mayor buena fe, a veces partidarios de la coalición británico-americana: ¿cuál entre todas las causas invocadas es la “causa justa”?

Para Fuentes, la respuesta es difícil, pues en la guerra de la información los atacantes necesitan satisfacer auditorios, tranquilizar clientes, amenazar, expulsar a los periodistas veraces y sellar alianzas cómplices con los informadores sumisos. A su vez, los atacados se defienden con estudios móviles y antenas auxiliares que suplen la destrucción de los inmuebles televisivos. Piensan que ni la coalición británico-americana ni el régimen de Bagdad eran dueños de la verdad absoluta y que “lo que importa es que haya más de una versión del conflicto. Lo excelente es que la credibilidad se haya vuelto más exigente y, en consecuencia, la manipulación sea menor”.

## VII. El reflejo en los medios de comunicación

Los medios de comunicación más prestigiosos del mundo aprovecharon lo sucedido para editorializar sobre los problemas que entraña el ejercicio de la profesión en situaciones de crisis. Así, el periódico alemán *Financial T. Deutschl*, en su editorial de 9 de abril, titulado “En la línea de fuego”, señala que, tras esos incidentes, Estados Unidos, que conocía la situación de las sedes de Al-Yazira, atacada con dos misiles, la de Abu Dabi TV, con armas ligeras, y la del Hotel Palestina, tiene que disipar la sospecha de que los reporteros no solo están sometidos al riesgo general de la guerra, sino que además “se les ha convertido intencionadamente en objetivos militares” para acelerar la victoria. En la psicología de la guerra, los medios de comunicación “son hoy más importantes que nunca”, motivo por el que las imágenes que muestran la perspectiva iraquí son “una molestia” para Estados Unidos; sin embargo, dichos medios “no son un arma en el sentido de la Convención de Ginebra”. Cuando la política y los jefes militares difuminan los límites de lo que es un objetivo militar, para las tropas sobre el terreno es “casi imposible proteger a los civiles”. Recuerda que el bombardeo de la televisión iraquí, al principio de la guerra, “ya fue una violación de la Convención de Ginebra”, de igual modo que lo fueron los ataques a la emisora estatal de Belgrado en 1999 y a la oficina de Al-Yazira en Kabul en 2001, ataques que “ponen en peligro la credibilidad de EEUU”.

Al día siguiente, era el diario español *El País* el que comenzaba su editorial titulado “Hotel Palestina” con una frase contundente —“La ocultación y la mentira son la continuación de la guerra por otros medios”— para recordar que, quienes habían presentado esta guerra como “la de la civilización contra la barbarie”, estaban obligados a esclarecer las causas de las muertes provocadas por sus tropas, en clara alusión a Estados Unidos, circunstancias que igualmente comprometían al Gobierno español a exigir responsabilidades “sin limitarse a convalidar las explicaciones del mando militar estadounidense”, pues la versión de este ya había quedado desautorizada con la de los presentes en el lugar de los hechos. Recuerda que nadie disparaba desde el hotel, pero que, aunque así fuese, ello no justificaba lanzar un proyectil contra las habitaciones. De la misma manera, el hecho de que el edificio hubiese sido declarado objetivo militar no solo era “inverosímil” —nadie fue informado de tal eventualidad—, sino que era “bárbaro”, poniendo el ejemplo de un hospital que sí lo fuese. Por ello, solicitaba que el ministro Trillo exigiese a las autoridades de Estados Unidos una “investigación independiente”, sin conformarse con la versión del Pentágono. Cuestionaba, además, que el alto mando militar de “un país respetuoso con la libertad de información” hubiese dado la orden de disparar contra los periodistas, pero el que, ese mismo día, se hubiese atacado las sedes de dos cadenas árabes de televisión “impide considerar lo ocurrido como un simple error humano individual”.

Invocó, como hiciera la FIP, el cumplimiento del Derecho Internacional humanitario, en concreto el Protocolo Adicional I a la Convención de Ginebra (no ratificado por Estados Unidos), no solo por tratarse de personas civiles sino de “testigos imprescindibles para evitar la banalización de la guerra y la ocultación de sus efectos más terribles, que ninguna estadística podrá nunca reflejar”, de ahí la “vieja desconfianza de los guerreros hacia los cronistas” y también los “intentos contemporáneos de condicionar el trabajo de los periodistas”. Recuerda cómo, en la primera guerra de Iraq

(1991), “apenas hubo imágenes reales”, pues, mientras unas fueron falsificadas por motivos propagandísticos, otras fueron sustituidas por destellos fosforescentes, y considera que el acceso a imágenes reales del horror incide en el centro del debate sobre la legitimidad de esta guerra y sobre la “proporción entre el mal que se pretende evitar y los sufrimientos ocasionados”, razón por la que se produjeron esos ataques.

Polémico resultó el artículo publicado por Hermann Tertsch en el mismo medio al día siguiente y titulado “Periodistas en guerra”, en el que, partiendo de que, aunque sea recibida con escepticismo “cuando no con cinismo” por gran parte de la opinión publica, reconoce que las sospechas sobre la simultaneidad de los ataques exigen una explicación “y no un mero lamento” por parte de Estados Unidos, gesto que podría paliar “la amargura generada por las primeras reacciones de indiferencia” de dicho país; a continuación, se refiere a “la irracionalidad y la fanatización de los adalides de la moralidad suprema del pacifismo”, que han alcanzado cotas que amenazan la pérdida del norte para todos. Recuerda que, mientras la población y los combatientes “no tienen opción”, los corresponsales de guerra están allí “por voluntad propia” y asumen el “riesgo de morir”, aunque las muertes de los dos compañeros hagan dudar de ello, ya que suelen ser profesionales sin contrato fijo, que sus directores mandan sin seguro y a los que se obliga a pagar de su bolsillo el mínimo equipo de seguridad.

En su opinión, los periodistas de ahora ya no se juegan la vida por la vocación de informar, sino por “arañar unos titulares e historias que les permitan mejorar su angustiosa situación laboral y su dignidad” a causa de “contratos basura, subcontratas y desprecios”. Igualmente, critica el plante realizado al presidente del Gobierno en el Congreso y se pregunta por qué no se hace lo mismo a sus empresas y, mientras que en el caso de Couso cree que fue a la guerra porque “no tenía opción” y murió “sin dejar testimonio de las miserias de la profesión”, en el de Parrado habla del “obsceno rapto y comercialización” de que fue objeto por parte de su director (al que no cita) de igual forma que lo había sido el otro Julio (Fuentes), muerto en Afganistán.

Tras denunciar que Parrado fue obligado a comprarse el chaleco antibalas con su dinero, para poder integrarse con las tropas norteamericanas, recuerda que las muertes de periodistas “conmueven al gremio más que los goteos de muertes de albañiles”, algo lógico que, sin embargo, no debería impedir ver “quiénes instrumentalizan a los muertos para atacar a las instituciones”. Sin embargo, días después (el 23 de abril) y en el mismo medio, volvía a publicar otro artículo —titulado “La rectificación”— en el que pedía disculpas por algunas de las acusaciones anteriores, al haber sido desmentida la compra del chaleco de Parrado, pero reafirmando en la denuncia de la “obscena precariedad” en que vive la profesión periodística.

## VIII. El informe oficial

Durante su participación en un curso de verano en Santander, el 3 de agosto de 2003, el teniente coronel Evelio Otero, puertorriqueño hijo de padres españoles, al ser preguntado sobre los sucesos del Hotel Palestina, decía en descargo de sus compañeros que, si bien no justificaba lo ocurrido, “la reflexión en la guerra no existe, nuestros militares se sintieron amenazados y dispararon”. Nueve días después, el Go-

bierno de Estados Unidos enviaba a los de Ucrania, que había solicitado a Washington una investigación, y España —no la exigió, al aceptar desde el principio las disculpas presentadas por Estados Unidos—, el informe donde se recogían los resultados de la investigación sobre las muertes de los dos periodistas, el cual fue difundido por el Gobierno de Kiev pero no por el de Madrid, y trasladaba sus condolencias a las familias de los dos periodistas. Por cierto, Taras Protsyuk sería condecorado a título póstumo por el presidente de su país.

El portavoz ucraniano dijo que, según dicho informe, el disparo fue realizado “en defensa propia y en conformidad con las reglas de combate. [...] Los soldados del carro de combate actuaron siguiendo informaciones sobre la presencia en el hotel de un francotirador que coordinaba el fuego por parte iraquí”, por lo que se exculpaba a las tropas de la 3.ª División de cualquier tipo de responsabilidad. Unas horas después de hacerse público el informe en Kiev, el Gobierno español reconoció haberlo recibido y traslado una copia del mismo a los familiares de Couso, quienes se mostraron descontentos con la forma en que se les había comunicado tal hecho (sin membrete oficial y en inglés) y en desacuerdo con el resultado del mismo.

La reacción a los datos del informe oficial ofrecido por el Gobierno de Estados Unidos no se hizo esperar, comenzando por la familia de Couso que rechazó de manera rotunda dicha versión. Así, su hermano Javier decía: “Queremos que el Gobierno ordene una investigación independiente. Mientras tanto, vamos a continuar con nuestras propuestas. Es una investigación de pacotilla y nos parece increíble que sea la primera respuesta que obtenemos del Ministerio de Exteriores desde que, el 10 de abril, nos dirigimos a la ministra para pedir explicaciones”. Desde otras instancias, mientras el presidente de Reporteros sin Fronteras, Ménard, señalaba a la agencia France Presse, que la versión era falsa y reclamaba una investigación independiente, portavoces de Reuters solicitaban que se hiciese público el informe en su totalidad. Por su parte, el PSOE, mediante una nota de prensa, calificaba el informe de “intolerable e inadmisible” y censuraba la “absoluta frialdad, rayana en el desprecio, con que Exteriores trata a la familia”. Caldera, portavoz del mencionado partido, expresó que en su opinión, al aceptar esas conclusiones, el Gobierno español estaba mostrando “subordinación” y “acatamiento” con respecto a Estados Unidos.

Tras ser preguntada en una conferencia de prensa, al día siguiente, la ministra de Asuntos Exteriores española, Ana Palacio, sobre si el Gobierno español iba a adoptar algún tipo de medida, respondió que respaldaba la versión del informe del Pentágono, así: “Es un dato objetivo que está sobre la mesa y responde un compromiso de Estados Unidos. [...] El secretario de Estado Colin Powell se comprometió a poner en conocimiento del Gobierno español cualquier resultado de una investigación complementaria. Eso es lo que ha hecho y se le ha dado el curso que correspondía”. Por su parte, el Ministerio de Asuntos Exteriores de Ucrania anunciaba que iba a solicitar a las autoridades de Estados Unidos que continuasen la investigación “porque debería ofrecer resultados más concretos”.

En un editorial del diario *El País* publicado el 15 de agosto y titulado “Ilegítima defensa”, se subrayaba que: “De las diversas explicaciones imaginables, las autoridades norteamericanas han elegido, tras pensárselo durante cuatro meses, la más inverosímil; seguramente por ser la misma que dio el mando militar sobre el terreno”, lo que se confirmó días después, en una carta enviada a la ministra española de Exteriores, por

el secretario de Estado Powell. Para el diario, esta versión ya había sido desautorizada por los numerosos periodistas del *Palestina* pero, aunque hubiera habido un francotirador, “eso no justifica que la respuesta sea disparar un misil contra las ventanas que albergaba a unos doscientos periodistas de todo el mundo, como era de conocimiento público”. Aunque plantea que los investigadores podían haber dicho que el tanquista creyó que le disparaban, que había confundido las cámaras de vídeo con ametralladoras, opina que “eso habría supuesto haber admitido un error, y el mando nunca se equivoca: sobre todo en período de guerra”. Recuerda que “las reglas de la guerra son diferentes a las de la paz, pero existen” y cita como ejemplo que, según el artículo 79 del Protocolo Adicional I a la Convención de Ginebra, los periodistas que realicen su trabajo profesional en zonas de conflicto armado “se considerarán personas civiles” y gozarán de la protección adecuada a tal condición. Si bien es cierto que Estados Unidos no ha suscrito ese protocolo, como tampoco el fundacional de la CPI, resalta que España sí lo ha hecho, y finaliza preguntándose si, aparte de remitir a los familiares de Couso el texto enviado por el Pentágono, “¿no tiene nada que hacer o decir el Ministerio español de Asuntos Exteriores? ¿Avala su silencio la teoría de la legítima defensa como causa de la desgracia que segó la vida de ese periodista?”.

En una entrevista en el mismo diario dos días más tarde, Ana Palacio, al ser preguntada sobre su opinión acerca del informe de Estados Unidos, recordaba una vez más que, tras la muerte de Couso, se dirigió al departamento de Estado y que recibió un escrito de Powell en el que le enviaba un primer análisis, conclusiones que ahora confirmaba el nuevo comunicado en el que se resume su investigación interna, y añadía: “Yo diría que no es un documento dirigido al Gobierno español, sino un comunicado público” que habían hecho llegar a la familia de Couso “tan pronto como lo recibimos. Y lo traducimos, con las demoras propias de este mes en que estamos”. Dado que todos los periodistas presentes en Bagdad creían que se trató de una decisión terriblemente equivocada, ante la pregunta sobre la posibilidad de que el Gobierno de Estados Unidos aceptase ese planteamiento y pidiese disculpas, respondió que el Gobierno español había hecho en todo momento lo que entendía que era correcto y que, a partir de ahí, “hay iniciativas que no están en la esfera del Gobierno”.

A la cuestión que se le planteó acerca de si le parecían correctas las explicaciones recibidas y, si así no fuese, si podría pedir una nueva investigación, explicó que en la primera valoración de Powell se anunciaba que habría “información complementaria” y que esta era la que se había hecho ya pública, por lo que, a partir de ese momento, “veremos qué otra información existe”, respuesta que llevó al periodista a plantear si el Gobierno español no daba por cerrado el caso, a lo que respondió: “No es un tema ni abierto ni cerrado [...] que se puede suscitar en distintas sedes”, entre otras la judicial, algo que, según tenía entendido, la familia de Couso “está utilizando”. Al insistir sobre si su Gobierno considera el caso cerrado, contesta que tiene un documento firmado por Powell en el que se dice que “nos enviarán la información que vayan obteniendo”, que en el mismo no se especificaba que se cerrase nada —“Por lo menos yo no le he entendido así de la lectura del comunicado”, dijo—, y que, en la primera conversación que tuviese, preguntaría “en qué situación se encuentra todo, de acuerdo con la mecánica militar norteamericana”.

En noviembre de 2004, el CPJ anunció que, tras una reclamación oficial presentada diecinueve meses antes al amparo de la Ley de libertad de información, tenía en su poder el informe completo del Pentágono relativo a la muerte de los periodistas Couso y Protsyuk, según el cual se reitera que el jefe de la unidad de carros los confundió con francotiradores en un momento en que se estaban produciendo combates en la ciudad, asegurando que las fuerzas de Estados Unidos actuaron de “manera apropiada” al disparar contra dicho edificio, por lo que se considera que no hubo “fallo ni negligencia” ni tuvieron “culpa” alguna del incidente. Por el contrario, para el CPJ, tras una lectura detallada del informe y basándose en las entrevistas realizadas a una docena de reporteros que se encontraban presentes en el lugar de los hechos, se reforzaron sus propias conclusiones, en el sentido de que el ataque pudo ser evitado, ya que ninguno de los periodistas presentes en el Hotel Palestina declaró que se hubiera producido “fuego hostil que proviniera del hotel”.

La organización insiste en que los mandos estadounidenses sabían que el hotel estaba lleno de periodistas, pero “aparentemente no comunicaron esa información a las tropas desplegadas sobre el terreno”. Mientras un soldado sin identificar, cuyo testimonio se incluye en el informe, afirma que “en ningún momento se habló de zonas en las que no se pudiera disparar o lugares protegidos en la ribera este del río Tigris” en la que se encontraba el hotel, el teniente general a cargo de la investigación, cuyo nombre se eliminó del informe, declara: “Acompaño en el sentimiento a las familias de quienes murieron. [...] Sin embargo, la responsabilidad del incidente recae en un enemigo que eligió combatir en una ciudad, exponiendo de manera innecesaria a la población civil, incluidos periodistas, a los riesgos de la guerra”. El CPJ aprovecha también la ocasión para reclamar información sobre la muerte, el mismo día, del periodista Tariq Ayyoub, de la cadena Al-Yazira, en su oficina en Bagdad, pero el Pentágono aún no había tenido a bien dar contestación a dicha demanda.

## **IX. La respuesta judicial**

En el ámbito judicial, el 17 de junio de 2003, el fiscal de la Audiencia Nacional informaba al juez que instruía la querella presentada por los familiares de Couso contra tres militares norteamericanos —el sargento Gibson, autor del disparo que causó la muerte, el capitán Welford, jefe de la compañía, y el teniente coronel de Camp, jefe del regimiento—, que debería ser archivada por tratarse de hechos sobre los que la justicia española no tenía jurisdicción, ya que no fueron cometidos en territorio español, ni por ciudadanos españoles, precisando que el ordenamiento interno no prevé el presupuesto de personalidad pasiva, si bien consideraba que el legislador debería incluirlo, porque los españoles viajan al extranjero cada vez más para ejercer todo tipo de actividades, lo que les convierte en posibles víctimas y se hace necesaria su protección.

Cuatro meses después, el juez admitía a trámite la querella contra los tres militares de Estados Unidos, acusados de un crimen de guerra, y que se acompañaba de los testimonios de compañeros nacionales e internacionales que residían en el hotel y de vídeos que recogían las declaraciones de Gibson, en las que señalaba: “No disparé inmediatamente sobre él. Llamé a mis jefes y les dije lo que había visto. Diez minutos



después me llamaron y me dijeron que disparara sobre él, y eso hice". Como argumento legal se invoca el Estatuto de Roma y la Convención de Ginebra, que dispone que "los periodistas que realicen misiones peligrosas en la zona de conflicto armado serán considerados personas civiles". Por parte de la familia, un tío del fallecido señalaba que lo que pretendían era hacer justicia "para vergüenza del Gobierno español, que ha hecho dejación de la defensa de un ciudadano español por subordinación a Bush", lo que no impedía dudar de que los culpables pudiesen llegar a ser condenados, ya que "sabemos que Estados Unidos no se somete a los tribunales internacionales".

Días más tarde, tres corresponsales de guerra españoles —Jon Sistiaga (Telecinco), Olga Rodríguez (Cadena SER) y Carlos Hernández (Antena 3)—, que se alojaban en el mismo hotel que Couso, declaraban como testigos ante el juez del caso durante dos horas y coincidían a la hora de señalar que el ataque fue "premeditado y con intención de matar". Rodríguez recordaba, así, que "los tanques que estaban apostados en los puentes sobre el río Tigris llevaban seis horas viéndonos y sabían que los que estábamos allí éramos periodistas, porque había 40 cámaras y nos veían tomar café", añadiendo que, a diferencia de en la versión de los norteamericanos, en el momento que se produjo el ataque no se estaba librando ninguna batalla ni había ningún francotirador en el hotel. A su juicio, lo que hubo fue "un fallo en la cadena de mando del Ejército americano". Por su parte, Hernández afirmaba que el que disparó "sabía que iba a causar muertes entre los periodistas, porque allí no había nadie que no fuera periodista", mostrándose convencido de que "dispararon de forma premeditada" y lo que había que saber es por qué lo hicieron.

Por último, Sistiaga, compañero de Couso y la primera persona que lo socorrió, explicaba que todos los combatientes, iraquíes y aliados, sabían que en el hotel solo habitaban periodistas y que los americanos llevaban mucho tiempo viéndolos, pues todos los periodistas llevaban cámaras y chalecos antibalas con las palabras "PRESS" o "TV" bien visibles, razón por la que el tanquista tenía que saber que disparaba contra un periodista. Aparte de lo declarado ante el juez, subrayaba el hecho de que, por vez primera, se sentía amparado por la justicia y criticaba al fiscal del caso por no haber asistido a la declaración, lo que "demuestra que no tiene interés en investigar la muerte de un ciudadano español". Mientras, por un lado, el juez del caso aceptaba el ejercicio de la acción popular a instancia de Carlos Yriart, la recién elegida Junta Directiva de la Asociación de la Prensa de Madrid (APM) autorizaba a su presidente a personarse, en nombre de la institución, en las diligencias abiertas por la querella de la familia.

El diario *El País* reproducía, el 16 de febrero de 2004, un extracto de la explicación sobre lo sucedido con ocasión de la muerte de Couso, enviada por el mando central del ejército norteamericano al Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional, en la que se recordaba que, el día 8 de abril —jornada de lucha intensa para la Compañía A, 4-64 Mecanizada, que había mantenido ya un duro enfrentamiento durante varias horas con el enemigo—, "las fuerzas de la coalición avanzaban hacia Bagdad encontrando una seria resistencia por parte del enemigo, el cual operaba utilizando todas las áreas civiles de la ciudad, sirviéndose de un amplio abanico de armas sobre las fuerzas de la coalición, utilizando para ello los tejados y las ventanas de los edificios próximos [y] luchaba sin ningún tipo de miramiento contra los civiles o las estructuras civiles".



Las fuerzas de la coalición continuaron progresando hacia el río Tigris, justo enfrente del Hotel Palestina, “área de intenso enfrentamiento con el enemigo”, por lo que el comandante fue entonces informado de que “la Compañía A estaba siendo vigilada por un observador enemigo localizado enfrente del río Tigris”. A pesar de “encontrarse bajo fuego pesado de granadas y misiles”, el comandante ordenó “escanear los edificios vecinos al objeto de localizar al observador enemigo”, momento en que uno de los miembros de la compañía advirtió la “presencia de una persona con binoculares en el balcón de una habitación de las plantas superiores de un gran edificio de color marrón y también de flashes de luz, similares al fuego enemigo, procedentes del entorno del edificio”. Como medida de precaución, se “disparó una bala de tanque de 120 mm a la posición enemiga del observador sospechoso” y, a renglón seguido, “el fuego hacia la Compañía A cesó”.

Los informes de inteligencia indicaban que Bagdad era un área de intensos combates, de ahí las advertencias a los periodistas sobre el extremo peligro que corrían al permanecer en el hotel —“el enemigo había utilizado parte del mismo como base de operaciones y las actividades en el citado balcón correspondían con las de un observador enemigo”—, a pesar de lo cual algunos decidieron no abandonarlo. Relataban también que, “algo después de dicho incidente”, la Compañía A tuvo conocimiento de que el edificio sobre el que se abrió fuego era el Hotel Palestina y de que algunos periodistas habían fallecido o habían sido heridos. A su juicio, lo que se hizo fue “disparar una sola vez en acto de autodefensa, guiándose estrictamente por las Reglas de Combate”, motivo por el que quieren reiterar que la muerte de Couso “fue una tragedia” y que Estados Unidos trasladaba su más profundo pésame a la familia.

El abogado de la familia Couso presentó, el 2 de abril de ese mismo año, una reclamación por daños y perjuicios contra el Ministerio de Asuntos Exteriores, por valor de 405 862 euros, en relación con la protección que el cuarto Convenio de Ginebra otorga expresamente a las personas civiles, incluidos los “periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en zona de conflicto armado”. Al tratarse de un convenio ratificado por España, se exigía responsabilidad patrimonial a la Administración del Estado por funcionamiento anormal de servicios públicos, ya que Couso no había recibido la adecuada protección diplomática que compete a Exteriores, quen tiene la obligación de proteger a los españoles en el extranjero.

## **X. Al año de las muertes**

Al cumplirse el primer aniversario de las muertes de los dos periodistas españoles, se llevaron a cabo diversos actos de homenaje y recuerdo. En Bilbao, Izquierda Unida-Ezker Batua (IU-EB) convoca un acto bajo el lema “Malditas sean las guerras y los canallas que las apoyan. No a la guerra”, primeras palabras que pronunció el padre de Julio Anguita Parrado al conocer la noticia del fallecimiento de su hijo y, en Córdoba, un grupo de amigos y compañeros de este organizaron un acto de homenaje en la calle que recientemente había recibido su nombre, donde se colocaron velas y flores y se guardaron dos minutos de silencio. Con posterioridad, se trasladaron a la nueva plaza de José Couso para rendirle también homenaje.

En Madrid, delante de la embajada de Estados Unidos, los familiares y 12 compañeros de Couso, cada uno con un panel informativo que recordaban los doce meses pasados desde su muerte, llevaron a cabo una vigilia para denunciar “la situación de impunidad que ha rodeado a los que mataron” al cámara de Telecinco. La esposa de Couso señaló que la familia se había visto privada “de lo único que podría proporcionar un poco de consuelo moral, una investigación y el conocimiento de la verdad”. Un tío del cámara, comandante de Artillería, elaboró una carta abierta a los responsables militares de la operación en la que había muerto su sobrino, en la que explicaba cómo estudió “con sumo detenimiento” los planos grabados por Couso y los manuales de combate en zonas urbanas del Ejército de Estados Unidos, concluyendo que “se organizó un rápido plan” para neutralizar la información que no controlaban, pues “el mando militar estadounidense no quería testigos molestos en aquellos momentos”. Además, en las sedes de todos los medios de comunicación se llevaron a cabo paros de cinco minutos y concentraciones en ciudades como Valencia, Oviedo, Ferrol —ciudad natal de Couso, donde el Ayuntamiento entregó una placa de reconocimiento por su trabajo a una tía del cámara— o Lyon (Francia).

La Federación de Sindicatos de Periodistas apoyó los homenajes y pidió “fórmulas concretas para garantizar a los enviados especiales el máximo respaldo posible, tanto laboral y profesional como en materia de seguridad”. Mientras dos organizaciones internacionales de periodistas exigían a Estados Unidos que aclarase la muerte violenta de, al menos siete colegas durante la guerra de Iraq, entre ellas, la de Couso, la FIP entregaba a un representante de la Embajada norteamericana en Bruselas una carta en la que pedía se aclarasen dichas muertes, denunciaba que “las investigaciones secretas e internas” realizadas por las autoridades de Estados Unidos y criticaba “la consiguiente impunidad” de los soldados responsables. Para el secretario de la FIP, Aiden White, “No podemos aceptar que haya personas que mueran en circunstancias no aclaradas y que [las autoridades estadounidenses] se nieguen a contestar preguntas sobre ellas”. En la misma línea, Reporteros sin Fronteras promovió una iniciativa encaminada a que los familiares de periodistas fallecidos o desaparecidos en Iraq, víctimas de las fuerzas armadas de Estados Unidos, enviasen desde París, una carta a los miembros del Congreso norteamericano para pedir la reapertura de las investigaciones sobre dichos sucesos.

Entre tanto, Javier, hermano de Couso, en compañía de amigos y compañeros de este, se trasladó a Bagdad para llevar a cabo una ofrenda de flores al pie del Hotel Palestina, donde colocaron una pancarta que decía “Los periodistas son los ojos de la sociedad en la guerra y no se les puede matar tan impunemente”, y leer un comunicado mediante el cual se recordaba lo sucedido allí hacía un año y se criticaba la pasividad de los Gobiernos de Estados Unidos y España a la hora de investigar los hechos; también entregaron una placa de agradecimiento a los médicos del hospital que intentaron salvarle la vida a Couso. Asimismo, la comitiva se acercó a la sede de la cadena de televisión Al-Yazira para recordar la muerte de su periodista Ayyoub sucedida el mismo día que la de Couso, y a la prisión de Abu Ghraib, frente a la cual había muerto, en agosto de 2003, el periodista Dana.

Con motivo del aniversario, IU anunciaba que pediría en el Congreso de los Diputados al futuro presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, que exigiese a Estados Unidos una investigación sobre la muerte de Couso y que se compensase

económicamente a su familia “por muerte en atentado terrorista”, ya que “sus asesinos, que se conocen, siguen en la calle”. Para IU, el nuevo Gobierno debería intentar que la Administración norteamericana y los organismos internacionales realizaran una investigación “veraz y con garantías de independencia” para depurar “por completo la responsabilidad penal e indemnizatoria” que se derive de lo sucedido con las muertes de Anguita y Couso, petición que ya había realizado el pasado año en el Parlamento.

A fin de cumplir lo anunciado, el día 26 de ese mismo mes, el grupo parlamentario IU-ICV presentaba una proposición no de ley en la que emplazaba al presidente del Gobierno a exigir a las autoridades competentes que, “en el plazo más breve posible”, se llevase a cabo una investigación “exhaustiva y fehaciente” de la muerte de Couso, y se aclarasen las circunstancias de lo sucedido para determinar quiénes eran los responsables y para conseguir que fuesen ser debidamente enjuiciados. Asimismo, le reclamaba las medidas necesarias para hacer efectivo el cobro de las indemnizaciones y prestaciones sociales a percibir por la familia del cámara, entendiendo incluso como responsables civiles subsidiarios al Estado español y a Estados Unidos (el nuevo Gobierno socialista aceptó, a finales de 2004, conceder indemnizaciones a las familias de los dos periodistas). En el mismo sentido, le instaba a remitir al Congreso, antes de seis meses, información sobre las actuaciones realizadas, subrayando que la muerte de Couso “puso en cuestión la proporcionalidad de las actuaciones de la coalición anglo-norteamericana, y sigue demandando, además de la condena, el esclarecimiento y la respuesta solidaria de los Gobiernos que la han provocado”.

Para esta coalición política, lo ocurrido en el Hotel Palestina, “sede oficial de la mayor parte de periodistas enviados a Bagdad y por lo tanto objetivo civil, no fue un error y ha supuesto una serie de explicaciones poco convincentes”. Además, recordaba que el mando militar norteamericano dijo primero que no sabía nada de lo ocurrido, luego que había sido un fuego cruzado, y después que los soldados tenían derecho a defenderse porque había francotiradores en el hotel, lo que fue desmentido por los periodistas. Finalmente, desde Qatar, el mando aliado de la coalición anglo-norteamericana afirmó que el Pentágono había declarado hacía tres días el hotel como objetivo militar, algo de lo que en ningún momento fueron informados los corresponsales allí alojados. El texto de la proposición concluye: “Hoy, todavía sigue siendo claro que el objetivo real de esa acción del tanque americano era deshacerse de los testigos en esa última fase de la guerra”, por lo que el nuevo Gobierno español debería, “por dignidad de nuestro Estado, lograr depurar las responsabilidades correspondientes”.

## **XI. Demasiados interrogantes**

A la vista de lo aquí expuesto, la primera conclusión que se sustrae es que, al no existir coincidencia entre las distintas versiones de lo sucedido, surgen numerosos interrogantes respecto a las responsabilidades de los intervinientes en el suceso. La primera cuestión, y quizás la más relevante, sería conocer si los responsables militares sabían que el hotel estaba ocupado por periodistas, algo evidente para cualquier tele-espectador de las muchas cadenas de televisión que contaban con enviados en Bagdad,

pues ello llevaría a plantear por qué no se informó de dicha situación a las tropas que entraron en la capital. De haber tenido conocimiento de la situación, el jefe del carro debería haber distinguido con facilidad el hotel, al tratarse de un edificio muy singular de la ciudad.

En este sentido, los allí presentes recuerdan cómo las autoridades militares norteamericanas habían aconsejado, días antes a los periodistas no *empotrados*, que abandonasen la ciudad antes de la entrada de sus tropas, al ser considerada la capital zona de alto riesgo, y el jefe de la brigada a la que pertenecían los atacantes del hotel, el coronel Perkins, sabía que estaba lleno de periodistas, lo que obliga a pensar que hubiese transmitido dicha información a los mandos subordinados. En una línea algo diferente, Colin L. Powell, había reconocido públicamente que conocía quien ocupaba el Palestina, razón por la que no había sido objeto de los ataques aéreos previos.

Por el contrario, los partidarios de la versión que acusaba a las fuerzas armadas estadounidenses de haber realizado el ataque de manera consciente recuerdan que no fue casual que, esa misma mañana, hubiesen sido atacadas también las sedes de las cadenas Abu Dabi TV y Al-Yazira, con el resultado de un reportero muerto y su cámara herido en la segunda de ellas, acciones consideradas por muchos sectores como un crimen de guerra todavía más claro que el ataque al Palestina, si se tiene en cuenta que la localización exacta de las emisoras había sido transmitida con antelación a los responsables militares de Estados Unidos.

Lo más preocupante es la existencia de versiones contradictorias de lo sucedido en los medios oficiales norteamericanos pues, mientras el informe oficial del Pentágono exoneraba de responsabilidad a los actores directos de la acción, puesto que habían tenido que responder a la acción de francotiradores enemigos, algo que no pudo ser demostrado, el Cetcom en Doha recordaba que el hotel había sido declarado objetivo militar cuarenta y ocho horas antes, situación ratificada, a su juicio, por la permanencia de *fedayines* en el hotel que hostigaban a sus tropas, circunstancia que, por cierto, se había transmitido al ministro Trillo, pero no el hecho de que el tanque hubiese sido atacado.

De hacer caso a la grabación de France 3, parecen estar acreditadas ese tipo de acciones contra la compañía de carros desde edificios próximos al hotel, si bien no existía constancia de que ninguno de los disparos tuviese como origen dicho establecimiento. Otro aspecto a considerar sería, tal y como se afirmaba desde Doha, el de la existencia o no de un vigía enemigo en los pisos altos del Palestina, verdadera obsesión de las unidades blindadas. Finalmente, era cierto también que la gran cantidad de bajas producidas por fuego amigo podría avalar el presunto error humano, sobre todo, en un entorno de guerra urbana de máxima tensión; tesis que, sin embargo, no deja de plantear demasiados interrogantes, en especial, si se reconstruye lo sucedido en base a las declaraciones de los principales actores.

La primera pregunta sería determinar si, como es cierto, se produjo un intervalo de diez minutos desde que el tanquista descubrió a una persona en el balcón del hotel hasta que se produjo el disparo, y se dieron instrucciones al jefe de la unidad para que antes fuese comprobado el blanco a batir porque, de ser así, se podría haber descubierto el resto de balcones llenos de periodistas y cámaras. De mayor a menor nivel de responsabilidad jerárquica, el coronel Perkins reconoció que había la orden de no disparar “bajo ninguna circunstancia” al hotel, razón por la cual, seguramente, el teniente

coronel de Camp, molesto y enfadado por lo sucedido, reaccionase con rabia cuando el capitán Wolford le da cuenta del ataque, diciéndole “se supone que no tenías que haber disparado” y, días después, llegaría a declarar a un periódico que “soy el tipo que mató a los periodistas”. Este último, se contradice en las diferentes declaraciones que realiza después del ataque, tras reconocer que se sentía mal por lo sucedido, asegura que ni había recibido información previa alguna sobre el Palestina, ni dicho edificio estaba señalizado en los mapas disponibles para su unidad, razón por la que dio inmediatamente la orden de fuego, pero que no había tenido conocimiento de que el disparo hubiese impactado en el hotel hasta veinte minutos después de efectuado. Por su parte, el sargento Gibson, autor del disparo, discrepa de sus mandos, al declarar que no tenía conocimiento de que el edificio estuviese ocupado por periodistas y que, una vez localizado al presunto vigía en el balcón con prismáticos, llamó a sus jefes para comunicarles la noticia y, diez minutos después, recibió la orden de disparar.

A todos estos interrogantes trató de responder la investigación realizada por el CPJ, cuya conclusión más importante es que el informe oficial norteamericano no respondía a ninguna de las preguntas planteadas por el suyo. Así, mientras que la afirmación de que las tropas estadounidenses respondieron a fuego enemigo proveniente del Palestina no se sustentaba en ninguna prueba y contradecía los testimonios de los cientos de periodistas presentes en el hotel, difícil era creer que el carro de combate, grabado por France 3, apuntase al hotel durante diez minutos sin percatarse de la presencia de periodistas en los balcones, en mayor medida cuando, durante la grabación, no se escucha ningún impacto, como también era difícil de entener el por qué de no informar a las tropas de un objetivo claramente civil, dato que los mandos ya conocían, si se tiene en cuenta la reacción indignada que tuvieron tras el disparo.

Basándose en su informe, considera que el ataque contra los periodistas “no fue premeditado ni deliberado, pero sí que se pudo evitar” ya que, según varias fotos tomadas por el CPJ desde el punto de tiro en el que estaba situado el tanque estadounidense en el puente, las siluetas de los hoteles Palestina y Sheraton dominan la vista de la orilla este del río Tigris y se distinguen claramente en una perspectiva de la ciudad, sobresaliendo por encima de todos los demás edificios de la zona. Por todo ello, el CPJ renovaba una vez más su solicitud de que el Pentágono ordenase una “investigación completa y pública” del referido ataque, toda vez que consideraba necesario que las responsabilidades se aclarasen públicamente, no solamente para establecer las causas del incidente, sino también para garantizar que algo parecido no volviese a ocurrir en el futuro. Al mismo tiempo, recordaba que la solicitud formulada al Pentágono para entrevistar a Wolford seguía sin respuesta, al igual que las demandas de información basadas en las normas que protegen el derecho a la información.

Durante una rueda de prensa en Washington, a la pregunta de Rosa Lerchundi (Telecinco) sobre el ataque al Hotel Palestina, el presidente Bush se limitó a contestar que “la guerra es un sitio peligroso”, mientras a su lado el presidente Aznar asentía. Los responsables de Al-Yazira todavía están esperando disculpas por la voladura de su delegación en Kabul y por la destrucción de su sede en Bagdad; y es que siempre habrá algún fuego cruzado al que acogerse, algún *fedayín* que disparaba desde al misma vertical del hotel y, como en guerra es fácil, habrá un motivo razonable que evite cualquier consecuencia por la muerte de periodistas.

## XII. Mecanismo de protección al amparo del Derecho Internacional humanitario

Como ya se ha señalado, al suceso aquí analizado no le es de aplicación el artículo 79 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, por tratarse de una norma no ratificada ni por Estados Unidos ni por Iraq, motivo por el cual no queda más remedio que acudir, como único mecanismo de protección, al cuarto Convenio de Ginebra de 1949, que regula la protección de la población civil en caso de conflicto armado, toda vez que el artículo 4.1.4 del tercer convenio solo es de aplicación a los corresponsales que acompañan a las fuerzas armadas sin formar parte de ellas, con autorización del jefe militar y una tarjeta que acredite esa condición. En este sentido, los periodistas del Hotel Palestina tenían la consideración plena de persona civil, por lo que, de acuerdo con lo establecido en dicho convenio, gozarían de protección siempre que se abstuviesen de todo acto que afectase a tal consideración.

De las distintas versiones facilitadas por las autoridades norteamericanas se pueden deducir dos posibles razones para justificar el ataque al hotel. En la primera de ellas, se trataría de neutralizar a un presunto vigía que, portando unos binoculares, se encargaría de facilitar la localización de las tropas enemigas, algo difícil de explicar si se tiene en cuenta que no era una sola persona la que se encontraba en los balcones del hotel, sino la gran mayoría de los allí alojados; en cualquier caso, la confusión de uno de los objetivos de cámara de televisión con binoculares de combate tendría que hacerse extensiva a cualquiera de las 40 cámaras situadas de manera permanente en balcones y terrazas del edificio. Lo que sí parece demostrado es que, de dicho establecimiento, no salió ningún tipo de disparo por arma de fuego contra las tropas estadounidenses por parte de supuestos francotiradores.

Mayores dudas plantea la decisión de haber declarado al Hotel Palestina objetivo militar, debido a la supuesta presencia en dicho establecimiento de tropas iraquíes y altos responsables del régimen, medida sobre la que, por cierto, no existe unanimidad entre las autoridades de Estados Unidos. Quizá de manera inconsciente, el mismo Sistiaga recuerda que, la mañana del día 7, los periodistas allí alojados vieron llegar al jardín del hotel al ministro de Información con sus guardaespaldas, que luego se subió a la azotea, lugar desde donde se realizaban los directos de televisión, para dar una rueda de prensa improvisada y desmentir lo evidente respecto al desarrollo de las operaciones. De la misma manera, señala que muchos mercenarios se dejaban caer de vez en cuando por la recepción del hotel y que los últimos en llegar habían sido unos yemeníes, que se manifestaron en los alrededores para que les viera la prensa.

Según su relato, los funcionarios del Ministerio de Información que permanecieron en el hotel hasta el día 9 impedían trabajar libremente, al censurar todas las informaciones emitidas pero, al mismo tiempo, servían de protección ante *fedayines* demasiado coléricos. Unos 30 muyahidines árabes, mercenarios musulmanes que habían acudido a la llamada de la *yihad* ('guerra santa'), se congregaron en la puerta del Palestina, por lo que Sistiaga le dijo al oficial jefe norteamericano que el hotel estaba desprotegido y que podía haber venganzas contra los periodistas, ya que varios *fedayines* estaban merodeando por la zona, por lo que sería buena idea que mandaran allí un par de blindados para dar seguridad, a lo que este le contestó que sabían que la prensa estaba allí, donde iban a montar su puesto avanzado de mando. A su juicio, la



nueva situación generaba inquietud, pues aunque a primera vista parecía mucho más seguro, rodeado de soldados y tanques estadounidenses al mismo tiempo se convertía en un potencial objetivo militar de los iraquíes que pudiesen ofrecer resistencia.

En todo caso, y sea como fuere, en ninguna de las dos situaciones descritas permite el Derecho Internacional humanitario una reacción como la adoptada por el carro norteamericano pues, en contra de lo asegurado en el informe oficial —que se había actuado de acuerdo con las “Reglas de Combate”—, no se adoptaron las precauciones mínimas para preservar a la población civil de los efectos de las operaciones militares y evitar, así, la posibilidad de producir incidentalmente víctimas entre dicha población. Las normas de Derecho Internacional humanitario exigen también, que se haga todo lo posible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles, sino que se trata de objetivos militares y que la presencia en el hotel de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil, no le priva al resto de ocupantes de esa condición.

Asimismo, el Derecho Internacional humanitario prohíbe los ataques indiscriminados, considerando como tales aquellos en los que sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista, reiterando que ninguna violación de estas prohibiciones dispensará a las partes en conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil y las personas civiles, incluida la obligación de adoptar todas las medidas de precaución previstas en dicha normativa. En cualquier caso, habrá de darse aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.

A la hora de confrontar regulación jurídica con comportamiento operativo surgen dudas más que fundadas que permiten cuestionar al menos, dicha actuación, pues, como reconocen los propios protagonistas del hecho, los tanques llevaban situados en el puente más de seis horas, tiempo más que suficiente para haber adoptado medidas de precaución. De igual manera, el sargento Gibson tardó diez minutos en efectuar el disparo (¿de precaución?) desde que comunicó la posible existencia de francotiradores en el hotel, lo que permite deducir que el presunto ataque iraquí no exigía una respuesta inmediata. Sin entrar en mayores profundidades jurídicas, parece más que evidente el incumplimiento por parte de las tropas norteamericanas de los dos grandes principios que sustentan el moderno Derecho Internacional humanitario: el de distinción y el de proporcionalidad.

De todo lo expuesto en las páginas anteriores, si bien es cierto que no se pueden concluir haciendo acusaciones concretas contra nadie, si parece imprescindible llevar a cabo una investigación imparcial e independiente que sea capaz de responder a todos los interrogantes aquí planteados. Es evidente que la acción contra el Hotel Palestina tiene visos suficientes de que pueda constituir una infracción al Derecho Internacional humanitario que, de ser grave, se convertiría en crimen de guerra, entre otras circunstancias por haberse producido el ataque con una clara falta de proporcionalidad en la reacción, ya que para neutralizar el ataque con armas ligeras a más de mil metros, se utilizó un obús de carro. En cualquier caso, uno de los problemas que plantea este suceso es que, cada vez más, se están difuminando los límites de lo que ha de considerar objetivo militar, incumpliendo el principio de distinción, lo que hace muy difícil la protección de la población civil. En este caso concreto, y dado lo sucedido también con las cadenas árabes de televisión, la sospecha final podría ser incluso, que determinados corresponsales de guerra se hubiesen convertido en verdaderos objetivos militares.



# Los crímenes de guerra ante las jurisdicciones españolas

GUILLEM SOLER SOLÉ

Magistrado

Miembro de la asociación judicial Jueces para la Democracia

SUMARIO: I. Obligatoriedad del Derecho Internacional. II. Breve referencia histórica. III. Lucha contra la impunidad *versus* garantismo penal. IV. Caso Couso. V. Tramitación de la causa. VI. Reflexión final.

## I. Obligatoriedad del Derecho Internacional

La reflexión sobre la obligatoriedad de las normas del Derecho Internacional lleva ineludiblemente a la cuestión de su verdadera naturaleza. Seguramente, del modo en que se instruyan, enjuicien y sentencien causas como la del caso Adolfo Scilingo o el propio caso Couso, que aquí será objeto de análisis, dependerá en buena medida la evolución y consolidación del Derecho Internacional en su vertiente penal. Ello nos lleva a apuntar el protagonismo alcanzado en esta materia por el sistema judicial español, atendida la proyección judicial que en este ha alcanzado el principio de jurisdicción universal reconocido en su ordenamiento interno, sin que a la evidencia de este protagonismo deba otorgarse por el momento una implicación positiva o negativa, más allá de su constatación legal y jurisprudencial.

A estos efectos, a continuación se efectuará una breve exposición confrontada de dos modos de concebir el Derecho Internacional, en relación con las exigencias formales del principio de legalidad: la anglosajona de Herbert L.A. Hart y la positivista

basada en la noción normativa *kelseniana*, no sin antes adelantar que se va a optar por la segunda.

Pues bien, Hart, en *El concepto de derecho* (obra publicada cuando aún no se había creado ningún tribunal internacional *ad hoc* ni por supuesto ningún tribunal permanente ni estaban en vigor normas escritas que reconocieran el principio de justicia universal), analiza lo que caracteriza al Derecho Internacional: la ausencia de sanciones centralmente organizadas, ya que no puede ser calificada como tal la CNU, atendiendo al derecho de veto de los miembros del CS. Ello no obstante, considera este autor que esta circunstancia no supone necesariamente que el Derecho Internacional no sea derecho, ya que se llegaría a esta conclusión si se partiera de un concepto simplificado de derecho como orden respaldada por amenazas (Austin), que es precisamente el que intenta superar y rebatir con su teoría. En efecto, tanto respecto del derecho nacional como el internacional distingue entre el significado del enunciado externo de la regla ("probablemente sufrirás una consecuencia jurídica a causa de un comportamiento") y su enunciado normativo interno ("tienes la obligación de actuar de un modo determinado"), en relación con las reglas primarias (leyes o normas) aceptadas como pautas o criterios orientadores de la conducta.

Concluye Hart que no hay ninguna razón jurídica convincente para limitar la idea normativa de la obligación a las reglas que tienen el sustento de sanciones organizadas. Así, la probabilidad de que se imponga una determina sanción a un comportamiento no integra un elemento constituyente autosuficiente y necesario para la normatividad de una regla determinada. Entre estas, dentro de los sistemas nacionales, destacan las que prohíben el uso libre de la fuerza, respecto de las cuales se pregunta Hart si son igualmente necesarias para el Derecho Internacional. Para ello efectúa una distinción entre la constitución de las sociedades nacionales, compuestas por individuos con una fuerza física y una vulnerabilidad aproximadamente iguales (lo que haría necesarias las sanciones físicas para el mantenimiento del orden), y la de la sociedad internacional, integrada por una serie de Estados en situaciones francamente desiguales, por lo que la necesidad de sanciones contra el uso libre de la fuerza no resulta tan evidente. Por ello, ante la desigualdad entre los Estados, no puede alcanzarse la seguridad permanente de que la fuerza combinada de aquellos que están del lado del orden internacional probablemente prevalecerá sobre las potencias inclinadas a la agresión. De aquí que la organización y el uso de las sanciones puede implicar riesgos temibles y la amenaza de ellas añade poco a los obstáculos naturales.

En definitiva, este conjunto de evidencias han determinado que el Derecho Internacional se haya desarrollado en un sentido distinto a los derechos nacionales. Establecidas dichas premisas, llega Hart a una conclusión de extraordinaria importancia: con independencia de la distinta configuración de los sistemas nacionales y del Derecho Internacional, en cuanto a la probabilidad y conveniencia de las sanciones organizadas, en todo caso, "tanto en el pensamiento como en el lenguaje, lo que estas reglas prescriben (prohibición del libre uso de la violencia) aparece como obligatorio, es decir, hay presión general para que sean acatadas". Por ello, cuando se hace caso omiso a las reglas, no es sobre la base de que no son obligatorias, sino que, "por el contrario, se realizan esfuerzos para ocultar los hechos". Ciertamente, si no existiera, de hecho, una regla o norma internacional obligatoria que prohíba el uso libre de la violencia, ni

tampoco una específica conciencia de los líderes políticos de estar actuando en contra de dicha regla, difícilmente se explicarían tantos esfuerzos para justificar su actuación, con independencia de su veracidad o falsedad.

Ello no obstante, debe tenerse presente que este tipo de posición doctrinal se contextualiza en el seno de la tradición anglosajona de la *common law*, en la que la misma forma de creación del derecho determina que las implicaciones del principio de legalidad sean menos exigentes (o más moldeables por las instancias jurisdiccionales que crean el derecho) que en el sistema continental del Estado de derecho positivizado al que pertenece España y en el que la previsión de una consecuencia penal coactiva predicable de la conducta regulada se erige como núcleo de la norma, tal y como propugna la tesis *kelseniana* clásica. Es por ello que la postura que deba adoptarse para el análisis del caso Couso será la propia del sistema continental, tanto por pertenecer España a la indicada tradición positivista como por haber asumido de modo expreso en su texto constitucional los principios básicos del garantismo penal que derivan de aquella. Antes de iniciar el estudio, se abordará una breve referencia histórica para encuadrar adecuadamente las implicaciones del caso Couso, en cuanto al tipo de infracción que es objeto de investigación penal y el cauce procesal (o más bien fundamento jurisdiccional) por el que esta se ha articulado.

## II. Breve referencia histórica

En la primera etapa, la denominada como tradicional, el *ius ad bellum* era una facultad discrecional de los Estados soberanos, de modo que el Derecho Internacional no la prohibía ni limitaba los supuestos en los que el recurso a la guerra era lícito, sino que se limitaba a tratar de humanizar la guerra (*ius in bello*). La situación actual parece haber cambiado, al menos si atendemos a los principios y normas proclamadas en la CNU, así como, simultáneamente, a la creación de instancias judiciales internacionales, tanto *ad hoc* como permanentes, constituidas con la específica intención de enjuiciar conductas contrarias al Derecho Internacional. El caso Couso objeto de estudio se refiere a las normas del *ius in bello*, que, como vemos, ya desde los inicios se consideraba como norma de Derecho Internacional obligatoria.

A tal efecto, en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal del proceso de Núremberg, se preveían los delitos a enjuiciar, deslindados en tres categorías de crímenes de Derecho Internacional. En primer lugar, los crímenes contra la paz, que en la terminología clásica pueden equipararse a las faltas al *ius ad bellum*, respecto de los cuales los jueces tenían que pronunciarse si los acusados habían llevado a cabo una guerra prohibida por el Derecho Internacional. En segundo lugar, los crímenes de guerra, o faltas al *ius in bello*, es decir, las faltas contra las reglas de conducta de la guerra, las cuales ya se encontraban bastante desarrolladas en esa época. Y, en tercer lugar, los crímenes contra la humanidad, que actualmente podemos reconducir genéricamente y sin perjuicio de incluir la tortura, a la noción de “crímenes de lesa humanidad” o las graves violaciones de derechos humanos, que desde entonces han sido objeto de numerosos tratados y convenciones internacionales.

A día de hoy se han hecho grandes avances en materia de legislación penal internacional, tanto en lo que se refiere a la fijación de las infracciones como al desarrollo de los modos jurisdiccionales de enjuiciamiento, que trascienden el criterio ordinario de asunción de la jurisdicción por los tribunales del país en el que hayan ocurrido los hechos (principio de territorialidad). En concreto y de modo esquemático, tribunales constituidos expresamente *ad hoc* para el enjuiciamiento de un hecho concreto (creados habitualmente por los vencedores en el conflicto armado); el Estatuto del CPI (pensado más bien para altos mandos y conflictos bélicos en general y no tanto para actos puntuales y mandos intermedios o menores, como en el caso Couso); o, en lo que interesa en este trabajo, el reconocimiento en determinados ordenamientos jurídicos nacionales, como España, del principio de jurisdicción universal, por medio del cual sus tribunales adquieren jurisdicción para enjuiciar penalmente un determinado hecho punible ocurrido en otro país.

Este principio de jurisdicción universal, que suele referirse a una lista cerrada de delitos que presentan una cierta connotación internacional, puede reconocerse de modo ilimitado, sin restricciones o condicionantes (como en España al tiempo de la muerte de José Couso y al tiempo de la incoación de la causa penal en la Audiencia Nacional), o, por el contrario, de modo condicionado (como en, de nuevo, España tras la aprobación de Ley orgánica 1/2009, de 3 de noviembre). Esta condición consiste en la exigencia de que concurra un punto de conexión legitimante, como puede ser la nacionalidad española de la víctima, la presencia del imputado en territorio del Estado del tribunal que deba conocer la causa u otros criterios más genéricos que se refieren a un posible interés nacional. En ambos casos la aplicación del principio de jurisdicción universal puede entrar en conflicto con el principio de no injerencia en los asuntos internos de otros Estados y generar por ello conflictos diplomáticos, eventualidad que se complica cuando el poder judicial es independiente en el Estado de que se trate, como el Español, y puede y debe actuar (una vez formulada la correspondiente denuncia y siempre que concurren jurisdicción e indicios de criminalidad) al margen del Gobierno de la Nación, que es quien tiene atribuida la competencia en materia de relaciones internacionales.

Pues bien, a los efectos del presente estudio debe deslindarse, por un lado, entre reflexiones teóricas como las de Hart (de extraordinario interés pero de una naturaleza más bien sociopolítica, al menos en el contexto del sistema continental) o los avances significativos acaecidos de modo general y progresivo en el Derecho Internacional y, por el otro, la concreta viabilidad jurídico-procesal de una causa penal determinada en un país determinado, en cuanto a la concurrencia de jurisdicción y a la tipicidad penal de la conducta, para lo que será necesario un examen de su ordenamiento interno desde una perspectiva estrictamente jurídica.

### III. Lucha contra la impunidad *versus* garantismo penal

De inmediato podemos constatar una tensión casi inevitable entre la pretensión incondicionada de luchar contra la impunidad ante actos realizados en el transcurso de un conflicto militar y la pretensión, igualmente incondicionada, de proteger el

conjunto de garantías reconocidas históricamente en el marco del proceso penal en los Estados de Derecho, actualmente constitucionales. De esta confrontación emana un equilibrio complejo, especialmente en el contexto de una ideología jurídica que podríamos calificar progresista que persigue de modo simultáneo ambos objetivos.

No puede olvidarse que, con independencia de la gravedad e incluso de la flagrantía de un posible acto de guerra, si este pretende enjuiciarse en el marco de un proceso penal, deberán aplicarse sus principios consagrados en buena medida tras las transformaciones impulsadas por la Ilustración respecto del proceso penal del Antiguo Régimen, en el que regía una buena dosis de arbitrariedad, inseguridad jurídica y desproporción.

En este punto del análisis conviene acudir al voto particular del magistrado Luciano Varela Castro en la sentencia condenatoria del caso Adolfo Scilingo (sentencia del Tribunal Supremo 798/2007). En dicha causa el principal problema radicaba no tanto en la calificación jurídica de los hechos (crímenes contra la humanidad), cuanto en la aplicación a los mismos, acaecidos hacía unos treinta años, del artículo 607 bis del Código Penal español, que entró en vigor el 1 de octubre del 2004, lo que podía entrar en contradicción con el artículo 25 de la Constitución española (nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituían delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento), el artículo 9.3 de la Constitución española (principios de legalidad, de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales o de seguridad jurídica) o el artículo 2 del Código Penal (no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración). Del principio de legalidad derivarían los de reserva de ley, de tipicidad o taxatividad de la ley penal, la prohibición de la analogía y la irretroactividad de la ley penal desfavorable.

Ante este reconocimiento estricto y pleno en nuestro ordenamiento jurídico del principio de legalidad, el caso Scilingo plantea la posibilidad (la sentencia en sentido afirmativo y el voto particular en sentido negativo) de aplicar directamente por los tribunales penales costumbres internacionales preexistentes. En concreto, si estas costumbres pueden responder a las exigencias formales y materiales del principio de legalidad penal y, en definitiva, si es admisible desde esta perspectiva apelar a la preexistencia de una costumbre internacional para justificar la aplicación retroactiva de un precepto positivo de naturaleza penal, por entender que este incorpora en nuestro derecho una norma preexistente de Derecho Internacional público con fuerza de *ius cogens* internacional y por ello con validez obligatoria *erga omnes*, a pesar de no prever sanción alguna. Este tipo de línea jurisprudencial se basa en que el principio de legalidad no puede ser interpretado de la misma forma en los derechos internos y en el Derecho Internacional, puesto que la formación de las normas es sustancialmente distinta en cada ordenamiento: a la formalidad y precisión temporal del primero se opone la más diluida forma de la segunda, hasta el punto de que la tipificación internacional puede establecerse a partir de un tratado, la costumbre o los principios generales del derecho.

Pues bien, según el voto particular indicado, la asunción por el Estado de jurisdicción para enjuiciar un delito no es solamente una cuestión de orden procesal. Ni

quiera de orden orgánico, como criterio legal de atribución de competencia. Afecta a las garantías propias del sistema penal en su totalidad. En todo caso, el principio de legalidad no puede ser minusvalorado cuando la cuestión estriba en la determinación de la extensión extraterritorial de la jurisdicción. Acude por ello al principio de proscripción de la retroactividad cuando la norma es restrictiva de la libertad. A partir de una norma de asunción de jurisdicción se determina cuál será el derecho penal material aplicable (que será diferente del que lo sería sin aquella asunción) y se atribuye jurisdicción a órganos que hasta esa asunción no la tenían, lo que determinará la activación del sistema cautelar propio.

Es por ello que la sumisión del hecho a ese marco normativo compromete el ámbito de la libertad del imputado y posibilita que pueda ser sancionado por la norma penal española, aunque en el país de comisión de tal hecho este no se encuentre penado. No cabe por ello aplicar las disposiciones del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con laxitud. Ni siquiera bajo la coartada del postulado interpretativo *pro actione* (del acusador). No puede ampliarse en ningún caso el ámbito que el legislador diseñó en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a hechos no comprendidos en el mismo, lo que lleva a este voto particular a sostener que la Audiencia Nacional carecía en dicho caso de jurisdicción en atención al principio de irretroactividad.

#### IV. Caso Couso

Por el contrario, a continuación analizaremos la medida en que en el caso Couso pueden superarse este conjunto de exigencias máximas del principio de legalidad. En efecto, que los tribunales de un Estado posean jurisdicción para conocer de un determinado crimen internacional depende sustancialmente de cómo las normas internas hayan introducido en el ordenamiento jurídico nacional el principio de persecución universal, si es que lo ha hecho, en cuanto a la fijación del alcance y límites de su jurisdicción y en cuanto a la tipificación los crímenes a que se aplica.

A estos efectos, debe distinguirse entre tales exigencias irrenunciables derivadas del principio de legalidad (que preferiblemente deben analizarse en el inicio del procedimiento al decidir sobre la misma incoación de la causa penal) y las dificultades prácticas o jurídico-diplomáticas que puedan surgir en su tramitación, una vez incoado el proceso, por haberse respetado las exigencias del principio de legalidad y por apreciarse que concurre jurisdicción. Un análisis de estas dos esferas de problemáticas jurídicas en el caso Couso nos lleva a concluir que son relativamente débiles en la primera y más intensas en la segunda.

Así, en cuanto a la posible asunción en este caso de jurisdicción con pleno respeto de las exigencias del principio de legalidad estricto, hay que acudir a los siguientes preceptos:

1. Artículo 608 del Código Penal, según el cual “a los efectos de este Capítulo, se entenderá por personas protegidas: [...] 3.º La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977”;

2. Artículo 611 del Código Penal, “será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: 1.º Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla”.
3. Artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (extensión y los límites de la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles, en el orden penal), que recoge como criterios:
  - a) El de territorialidad, que no concurre al no haber sucedido los hechos en territorio español, ni en buques o aeronaves españoles.
  - b) El criterio de personalidad activa, que no se da, por no ser los imputados ciudadanos españoles.
  - c) El principio de protección real, inaplicable por no referirse las conductas a los tipos que se determinan.
  - d) El principio de justicia universal para determinados crímenes internacionales, recogiendo expresamente determinados delitos y al final, como cláusula de cierre, “cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales,[...] deba ser perseguido en España”, que comprende las infracciones graves a los Convenios de Ginebra.
4. El artículo 65.1, letra e, de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la competencia de la Audiencia Nacional sobre los “delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a los Tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles”.
5. Los cuatro Convenios de Ginebra sobre el derecho de la guerra, de 12 de agosto de 1949, con sus correspondientes protocolos adicionales, relativo uno de dichos convenios (el cuarto) a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, cuyo artículo 146 establece que “las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieren o diesen orden de cometer cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio que quedan definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los propios tribunales de ella, fuere cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiriese, y según las condiciones previstas en su propia legislación, entregarlas para enjuiciamiento a otra Parte contratante interesada en el proceso, en la medida que esta otra Parte contratante haya formulado contra ella suficientes cargos”.
6. El artículo 147 del citado convenio, según el cual “las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican cualquiera de los actos siguientes, si se cometieren contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, causar intencionadamente grandes sufrimientos, o atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones y traslados ilegales, la detención



ilegítima, coaccionar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o privarla de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente según las estipulaciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de modo ilícito y arbitrario”.

7. El artículo 79 del Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977, relativo a “medidas de protección de periodistas”, dice que “1. Los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado serán considerados personas civiles”.

Atendiendo a la fecha del hecho investigado, a los términos ciertamente amplios del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente al tiempo del hecho (incluso atendiendo a la reciente modificación operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que restringe el ámbito de aplicación del principio de justicia universal)<sup>1</sup> y, por último, al tipo de infracción de Derecho Internacional denunciada (homicidio en el marco de un conflicto armado), puesto ello en relación con las que estaban vigentes en España al tiempo de la comisión del hecho, podemos concluir que en el presente caso no concurre ningún impedimento sustancial derivado del principio de legalidad, ni en cuanto al principio de taxatividad de la previsión de la conducta y la pena, ni en cuanto al principio de irretroactividad de las normas perjudiciales.

En efecto, para postular la existencia de jurisdicción y la procedencia de la incoación e instrucción de la causa no es necesario, a diferencia de otros supuestos conocidos (delitos de *lesa humanidad*), aplicar ningún precepto que no estuviera en vigor el día de los hechos, ni acudir a ninguna norma consuetudinaria cuya propia naturaleza se contradice con el principio de taxatividad.

## V. Tramitación de la causa

A continuación se analizará el curso que ha seguido caso Couso y la medida en que se haya manifestado la controversia sobre la jurisdicción de los tribunales españoles para su instrucción, así como, aceptada la misma, cómo han ido aflorando obstáculos de naturaleza más bien jurídico-diplomática, todo ello a la luz de la rica disparidad de criterios sostenidos por la Fiscalía de la Audiencia Nacional, el Juzgado Central de Instrucción, la Sala Penal de la Audiencia Nacional y la Sala Penal del Tribunal Supremo.

No hay que olvidar que el principio de justicia universal es una de las tres vías principales de persecución internacional de infracciones penales, al lado de los tribunales creados *ad hoc* y de los tribunales internacionales permanentes. Se trata seguramente de la vía más fructífera en potencia, al ser menos dependiente de controles políticos, que operan de modo subsidiario a los jurídicos, y precisamente por ello la más delicada, teniendo en cuenta que las relaciones internacionales, sobre las que puede incidir un proceso judicial de esta naturaleza, son competencia del Gobierno de la Nación. Es

---

<sup>1</sup> Este punto será analizado más adelante pero podemos adelantar que en el caso Couso se da uno de los “puntos de conexión legitimantes” exigidos por la reforma operada por Ley orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, como es la nacionalidad española de la víctima.

en este punto donde se inserta la figura del Ministerio Fiscal, que si bien se guía por el principio de legalidad, también lo hace por el de dependencia jerárquica, puesto ello en relación con los mecanismos de elección del Fiscal General del Estado.

De modo sintético, el Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional, tras el recurso interpuesto por la abogada de la familia Couso, deja sin efecto el Auto de archivo donde se declaraba la incompetencia de la jurisdicción española para conocer de la muerte de José Couso el 8 de abril en Bagdad y remite la causa para su conocimiento al Juzgado Central de Instrucción número 1. Por Auto de 19 de octubre de 2005 adopta la medida cautelar consistente en la busca y captura y detención a efectos extradicionales de los imputados, como única medida efectiva para asegurar la presencia de los imputados en el proceso a disposición de la autoridad judicial española, a la vista de la nula cooperación judicial prestada por las autoridades estadounidenses para el esclarecimiento de los hechos, a pesar del vínculo de cooperación mutua entre España y aquel país establecido por el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal de 20 de septiembre de 1990. El Juzgado Central de Instrucción número 1, en auto de 28 de octubre de 2005, desestimó el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal contra dicho Auto.

Por Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, sección II), de 8 marzo 2006, se estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y se revoca la resolución de instancia, declarando la falta de jurisdicción para perseguir los hechos por los que se seguían las actuaciones y decretando el archivo. Esta resolución analiza los elementos típicos: Los hechos se producen dentro de un conflicto internacional; con el resultado de dos muertes, que derivan directamente del conflicto; los tres presuntos sujetos activos que se imputan, pertenecen a las Fuerzas Armadas norteamericanas, en el ejercicio de sus misiones dentro de la disciplina militar de Estados Unidos de América; los dos fallecidos son dos periodistas, de nacionalidad española y ucraniana, considerados como personas civiles protegidas ya por el IV Convenio *in genere*, limitándose el Protocolo Adicional I a contemplar específicamente la cualidad periodística (anteriormente artículo 79).

A continuación analiza esta resolución la concurrencia de una intencionalidad dolosa y de una infracción grave en relación con el IV Convenio. A estos efectos, los artículos 146 y 147 consideran infracciones graves al presente convenio el homicidio “adrede”. Correlativamente, como normas de transposición, el legislador español: artículo 611, establece una relación de concurso real entre el que el Derecho Internacional penal considera crimen de guerra y los delitos de resultado producido, de modo que el dolo intencional debe darse, tanto en el primero como en los segundos (asesinatos del artículo 139 del Código Penal).

En este punto expone esta resolución que

es un hecho notorio difundido por toda clase de medios de comunicación, que en el caso de autos, sucedido 20 días después de la entrada en Iraq por la frontera de Kuwait de las tropas estadounidenses y británicas, se libra una violenta batalla entre las tropas estadounidenses y la Guardia Republicana de Iraq, para la culminación de la toma de Bagdad, enfrentándose violentamente ambos contendientes por el control del estratégico puente “Jamurohara”, batalla que dura varias horas, y en la que las unidades norteamericanas son hostigadas con abundante fuego artillero y armas ligeras, llegando a produ-

cirse bajas americanas. En este contexto de guerra violenta y peligrosa la intervención de las comunicaciones iraquíes pone en alerta al ejército americano que desde el Hotel Palestina, situado al otro lado del Río Tigris, existe una unidad iraquí desde la que se dirige el tiro de su artillería contra las unidades norteamericanas, de modo que tras su aparente localización, realizada a gran distancia, se dirige un único y directo disparo contra lo que parece ser un puesto de observación y dirección de tiro, con tan mala fortuna que en el punto al que se dirigió el proyectil se encontraban los dos camarógrafos fallecidos.

Ciertamente, es destacable la inclusión de este tipo de análisis jurídico-penal, más propio de una declaración de hechos probados, en un auto dictado en esta fase preliminar de una instrucción penal.

Es cierto que la jurisdicción se determina como derivada de la previa determinación del objeto del proceso. El objeto del proceso no es un hecho natural, desprovisto de toda valoración desde perspectiva normativa, sino un hecho en cuanto que penalmente relevante y, por ello, tipificado. La consideración sobre la detentación de jurisdicción para conocer los hechos exige una perspectiva jurídica. Si, desde el inicio, tal enfoque normativo del hecho que se imputa no autoriza la inclusión en alguno de los supuestos tipificados en dicho artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los juzgados y tribunales españoles deben inadmitir la pretensión de inicio del procedimiento.

Ello no obstante, la Audiencia Nacional parece ir más allá de la mera constatación de la subsunción del hecho en el tipo penal y llega a un grado de profundidad y concreción propios de la fase de enjuiciamiento, tras la celebración del juicio oral. Al menos ello se desprende de afirmaciones como “no se trata de un acto intencional doloso de causar la muerte de dos personas civiles protegidas, sino de un acto de guerra realizado contra un enemigo aparente, erróneamente identificado, y no concurre en los hechos el requisito de intencionalidad dolosa o “adrede””. Con ello parece incluso descartarse, en esta fase preliminar del proceso, la posible apreciación de un dolo eventual. Sigue exponiendo que “en este plano, no fue indiscriminado, al estar dirigido contra ese objetivo militar concreto. Y no fue excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista, sino proporcional y limitado al punto que ponía en riesgo a las unidades norteamericanas”. Todo ello llevaría a la conclusión de que, al no ser típico el hecho, los tribunales españoles carecen de jurisdicción, con lo que se estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal.

Pues bien, podemos constatar cómo se produce una inversión o confusión de la institución de la jurisdicción (relacionada con subsunción potencial del hecho en el tipo penal vigente) y la mera apreciación de la concurrencia de indicios de tipicidad.

A estos efectos, expone la resolución analizada que “aunque ya se ha resuelto la falta de jurisdicción en el caso de autos, ha ocupado las deliberaciones del Tribunal la aplicación del principio de persecución universal a los crímenes de guerra, en la que sería conveniente, como se deduce de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26/9/05, una reforma legislativa que impusiese algún límite de la acción penal”. Así, por medio de la Ley orgánica 3/2005, de 8 de julio, se introdujo en el artículo 23.4 de la LOPI, como delito sometido a jurisdicción universal, la mutilación genital femenina, exigiendo que los responsables se encuentren en España. Se añade que los tribunales alemanes han exigido un vínculo suficiente con el Estado alemán, con el fin de garanti-

zar el respeto del principio de no intervención en los asuntos internos de otros Estados, vínculo que consiste en la detención en territorio alemán o, incluso, la residencia, con carácter de *conditio sine qua non* para el ejercicio de la jurisdicción. O que los tribunales franceses exigen la presencia del criminal en el territorio del Estado. O que la práctica de los tribunales belgas hasta el año 2004 exige que el presunto criminal ha sido hallado en el territorio del Estado.

Este tipo de reflexión debe ponerse en relación con la reciente reforma del artículo 23 analizado operada por la Ley orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, según la cual

sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

Se trata de una reforma legislativa que no estaba en vigor al tiempo del hecho instruido en el caso Couso y que recoge en cierta medida las distintas líneas jurisprudenciales elaboradas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en cuanto a la exigencia o no, para desplegar el principio de jurisdicción universal, de algún punto de conexión legitimante que tenga relación con el delito investigado.

En concreto, contra la sentencia del Tribunal Supremo del caso Guatemala se interpuso recurso de amparo y en segunda sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005, el Tribunal Constitucional consideró que la resolución del Tribunal Supremo, que exigía determinados vínculos de conexión (que el autor se hallase en territorio español, que las víctimas fueran de nacionalidad española u otro punto de conexión directo con intereses nacionales), constituye una interpretación radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el artículo 23.4 de la LOPJ, al ir más allá del sentido gramatical del precepto y desbordar los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva: supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley.

Dicho esto, incluso con independencia de que la nueva exigencia legal haya entrado en vigor con posterioridad al hecho instruido en el caso Couso y con independencia de que con anterioridad la jurisprudencia fuera vacilante, lo cierto es que en todo caso se cumplía la exigencia, legal o jurisprudencial, del vínculo, puesto que la víctima del delito es de nacionalidad española.

Volviendo al curso del caso Couso, llegamos a la trascendental sentencia del Tribunal Supremo número 1240/2006 (Sala de lo Penal, sección I), de 11 de diciembre, en recurso de casación interpuesto contra el auto anterior. En la misma se efectúa una dura crítica jurídica de la resolución recurrida y se indica que este ha venido “a negar la existencia de jurisdicción sobre la base de considerar que los hechos denunciados

son penalmente atípicos”; solamente si se considera que los jueces y tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos de autos podrán adentrarse los mismos en el campo de su calificación jurídica.

Lógicamente, sí es necesario un examen de los hechos, a los efectos de determinar la concurrencia de jurisdicción, pero no examen exhaustivo de la entidad y fuerza de las pruebas de que se dispone, puesto que con ello nos trasladamos de la ponderación de los indicios de criminalidad a la valoración probatoria propia de la fase de enjuiciamiento. Es por ello que el Tribunal Supremo reitera la apreciación de que sí se tiene jurisdicción para la instrucción de la causa y añade que “la presente resolución —como es obvio— no hace ninguna valoración jurídica sobre los hechos denunciados más allá del necesario reconocimiento provisionalísimo de que los mismos podrían constituir los delitos analizados, pues corresponde a la fase de instrucción procesal allegar los elementos de juicio necesarios para posibilitar la ulterior calificación jurídica de tales hechos”.

No deja de poner de relieve el Tribunal Supremo los graves problemas que la interpretación y aplicación que el artículo 23.4 de la LOPJ puede plantear, dada la amplitud de sus términos.

Ello, sin duda, fue la causa determinante de la delimitación llevada a cabo por este Tribunal en las conocidas sentencias de 25 de febrero y 20 de mayo de 2003 (sobre los denominados casos de Guatemala y Perú, respectivamente), lo que, en definitiva, no suponía otra cosa que poner de manifiesto la necesidad de un punto de conexión legitimante, sin el cual podría hablarse fundadamente de una desmesurada ampliación de la jurisdicción penal nacional, particularmente si tenemos en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico no se admite el principio de oportunidad y, al propio tiempo, está reconocida sin especial limitación la acción popular; acción que, en el plano histórico, se admitió únicamente respecto de concretos delitos.

Se trata de un mero razonamiento complementario que no excluye que la literalidad del texto legal no somete el principio de justicia universal a limitación alguna. En este sentido, el mismo Tribunal Constitucional expuso que “el art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada”; con ello se trataría de un principio de jurisdicción universal absoluto (sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005). De nuevo, incluso con independencia de todo ello, en el presente caso existe un punto de conexión legitimante que justificaría también la extensión extraterritorial de la jurisdicción española, habida cuenta de que una de las víctimas, el periodista, era un ciudadano español.

Con posterioridad el Juzgado Central de Instrucción dictó auto de fecha 27 de abril de 2007 que acordaba el procesamiento de los militares norteamericanos imputados. En el mismo se efectúa un relato de los hechos que han motivado la instrucción de la causa, pero sin llegar al estatus de declaración de hechos probados (“Las fuerzas militares norteamericanas, y así también los tres anteriormente citados, tenían conocimiento de que el Hotel Palestina se encontraba en zona civil, así como que el mismo estaba ocupado por periodistas. No consta la existencia de “francotirador” ni disparo alguno procedente del tejado u otra parte del Hotel Palestina contra las tropas nor-

teamericanas. Al contrario, son múltiples los testimonios que acreditan su inexistencia, teniendo en cuenta que el hotel estaba ocupado por periodistas en cada habitación, planta y tejado. Las fuerzas militares norteamericanas tenían conocimiento de que el Hotel Palestina era y se encontraba en zona civil y no era objetivo militar”).

Posteriormente, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma contra este auto, que fue desestimado, resolución contra la que se interpuso recurso de apelación, estimado por auto de 13 de mayo de 2008 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, sección II, con lo que se dejan sin efecto los procesamientos y las medidas cautelares adoptadas, si bien no accede a acordar el archivo de las actuaciones, como solicitaba el Ministerio Fiscal, al considerar que no es un pronunciamiento que pueda acordarse en el marco de un recurso de apelación contra el auto de procesamiento, con lo que deja al criterio del instructor el curso que deba seguir la causa.

Con posterioridad, el Juzgado Central de Instrucción dispone la práctica de nuevas diligencias (testificales, oficios y periciales). Tras la práctica de parte de estas diligencias, el Juzgado Central de Instrucción dictó nuevo auto de procesamiento de los imputados el día 21 de mayo de 2009, contra el que recurrió en apelación el Ministerio Fiscal, recurso que fue de nuevo estimado, con la particularidad en este caso de que la Sala indica que el juez instructor debe proceder a la conclusión del sumario.

El 16 de julio de 2009 el Juzgado Central de Instrucción dispuso la conclusión del sumario, que fue elevado a la sección III de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, que confirma la conclusión del sumario por auto de 23 de octubre de 2009, por considerar innecesarias las diligencias de instrucción propuestas. En dicha resolución se incluye un voto particular que no considera procedente la conclusión del sumario, atendiendo a que si su fundamento es el error alegado por los informes aportados, sería necesario no solo su alegación sino su prueba, según la doctrina jurisprudencial elaborada al respecto por el Tribunal Supremo.

Es interesante la precisión que realiza el voto particular en el sentido de que en ningún caso, de no poderse efectuar las declaraciones de los imputados por algún tipo de obstruccionismo al procedimiento, se pudiese cerrar este de forma provisional sin acordar previamente la detención internacional de los mismos, para su puesta a disposición de los tribunales españoles en cuanto fueren habidos a fin de que pueda serles tomada declaración, por considerarse tal diligencia de prueba imprescindible para la continuación o archivo del procedimiento.

Por último, está pendiente de tramitarse el recurso de casación contra dicha resolución, con lo cual aún no ha ganado firmeza.

## VI. Reflexión final

Llegados a este punto podemos afirmar que la vida judicial del caso Couso no parece haber terminado, al no ser firme aún el archivo acordado; siguen en vigor los distintos criterios jurídicos sostenidos por las acusaciones particulares, el Ministerio Fiscal, el juez de instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Se estará a la espera de cuál sea de nuevo el criterio de la Sala Penal del Tribunal Supremo.

De todos modos es evidente que se ha superado una eventual fase de dudas en cuanto a la competencia de la jurisdicción española para conocer del caso: simplemente, no se generan dudas respecto de la operatividad del principio de justicia universal (concurriendo incluso un claro punto de conexión legitimante) ni respecto de las exigencias máximas del principio de legalidad (irretroactividad y taxatividad de la previsión de la conducta y de la pena).

Por el contrario, la disparidad de criterios reside más bien en el modo de interpretar ciertas instituciones procesales o, dicho en otros términos, en la consideración de cuál deba ser el momento procesal adecuado para efectuar determinados pronunciamientos sobre la tipicidad de los hechos, ya sea en cuanto a indicios de criminalidad (análisis propio de la fase de instrucción) o en cuanto a la estricta concurrencia de todos los elementos del tipo, objetivos y subjetivos (en especial, la cuestión del dolo o la presencia de un error, lo que constituye un análisis propio de la fase de enjuiciamiento).

De ello dependerá que se disponga el archivo de la causa o que se acuerden nuevas diligencias de instrucción. Lógicamente no escapa a nadie que la dificultad principal deriva de la falta de colaboración de las instancias políticas y diplomáticas norteamericanas, a pesar de los convenios internacionales en vigor, para permitir que los imputados de dicha nacionalidad presten declaración en dicha condición, a los efectos, precisamente, de que aporten elementos de juicio tendentes a la concreción del error alegado, que habría producido el resultado de la muerte.

Mientras no se pueda practicar dichas declaraciones, será difícil la continuación de la causa, al constituir un trámite esencial en el ordenamiento jurídico penal español. Al mismo tiempo, queda pendiente de resolver en qué momento procesal se produce este impedimento de continuación y, de modo especial, si la persistencia de la imposibilidad de practicar tales declaraciones justifica que se sobresea la causa, a pesar de subsistir los indicios de criminalidad y a pesar de estar acordada su práctica por considerar que puede aportar elementos de juicio relevantes en la instrucción.



# El caso Couso ante la jurisdicción española

ENRIQUE SANTIAGO ROMERO

Abogado especializado en derechos humanos

Ex secretario general de la CEAR

Letrado de la Acusación Particular<sup>1</sup> en el caso Couso

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes jurídicos universales en materia de crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio, como mecanismo para evitar la impunidad. III. Jurisdicción universal para conocer de los delitos contra la humanidad. IV. La aplicación jurídica al caso Couso.

## I. Introducción

El 8 de abril de 2003, en torno a las 11.15 de la mañana, fueron asesinados en el Hotel Palestina de Bagdad los periodistas Taras Protsyuk, ucraniano y trabajador de la agencia Reuters, y José Couso, español y cámara de televisión de la cadena Telecinco. La muerte de ambos se produjo a consecuencia de las heridas provocadas por un disparo de un obús de 120 mm lanzado por un carro de combate Abrams del Ejército de Estados Unidos contra las plantas 14, 15 y 16 del mencionado hotel, lugar en el que se había concentrado la prensa internacional que había en Bagdad desde que tres días antes así lo ordenara el Pentágono ofreciendo expresamente garantías de seguridad a la prensa alojada en dicho hotel.

---

<sup>1</sup> En representación de Javier Couso Permuy, David Couso Permuy y Bárbara Cristina Couso Permuy, así como en nombre de María Isabel Permuy López, hermanos y madre respectivamente de José Couso Permuy.

Ese mismo día 8 de abril, aproximadamente tres horas antes, fueron bombardeadas por el Ejército de Estados Unidos las instalaciones en Bagdad de las cadenas de televisión Al-Yazira y Abu Dabi TV, bombardeo que provocó otra víctima mortal entre el personal de estas televisiones.

La explicación alegada para justificar este hecho por el ejército de Estados Unidos ha variado constantemente durante estos años. El propio Colin Powell atribuyó a un “error” estos crímenes, mientras que justificaron la actuación en que los tanques de Estados Unidos eran atacados desde el Hotel Palestina, y posteriormente, a la vista de que los más de doscientos periodistas internacionales alojados en el hotel y desde donde decenas de televisiones grabaron el ataque del carro de combate, negaron taxativamente este hecho, se optó por argumentar —también falsamente— que en el Hotel Palestina se alojaba una unidad de observación y dirección de tiro del Ejército iraquí. Las autoridades de Estados Unidos han negado relación alguna entre los hechos del Hotel Palestina y los previos ataques, esa misma mañana a las cadenas de televisión Al-Yazira y Abu Dabi TV.

Apenas un mes después del hecho luctuoso, la familia del cámara español interpuso en la Audiencia Nacional española una querrela contra los militares de Estados Unidos responsables de dicho asesinato, querrela interpuesta por “delito contra personas internacionalmente protegidas” conforme a las Convenciones de Ginebra de 1949 de Derecho Internacional humanitario (artículo 611 del código penal español) en relación con un delito de asesinato del artículo 139 del mismo texto legal. Según nuestro Código Penal:

Artículo 611.

Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

1. Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla.

Desde el principio de las actuaciones judiciales, el Gobierno español, a través de la Fiscalía General del Estado, se ha opuesto a la instrucción de la causa alegando tanto falta de jurisdicción española, por haberse cometido los hechos fuera de España, como ausencia de delito alguno, al no tratarse, según su criterio, de una acción intencionada por parte del Ejército de Estados Unidos, sino de un triste “accidente”. Lamentablemente, esta actitud ha sido mantenida tanto por el entonces Gobierno de José María Aznar como por el actual Gobierno, desde abril de 2004, de José Luis Rodríguez Zapatero.

Sin embargo, el empeño de la acusación particular ejercida por la familia Couso y el compromiso del juez instructor (Santiago Pedraz) por conseguir hacer justicia ha permitido que la causa haya ido avanzando hasta ahora, con dificultades, pero de forma constante hasta este momento en que la causa se encuentra pendiente de la resolución por el Tribunal Supremo de un recurso de casación interpuesto contra la decisión de la Audiencia Nacional de sobreseer las actuaciones.

En el año 2005 el juez Pedraz dictó ordenes de prisión incondicional y de busca y captura internacional a efectos de extradición contra los siguientes militares de Estados

Unidos: el sargento Thomas Gibson, quien comandaba y disparó desde el carro de combate; el capitán Philip Wolford, quien comandaba la unidad de carros de combate y autorizó al anterior para disparar, y el teniente coronel Philip de Camp, jefe de la brigada acorazada en la que actuaban los carros de combate y quien a su vez autorizó al comandante Wolford a ordenar el disparo.

Las anteriores órdenes de prisión y detención internacional fueron recurridas por la Fiscalía, provocando así que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ordenara cerrar las actuaciones tras admitir y acoger el recurso del fiscal. Sin embargo, a consecuencia del recurso interpuesto por la familia Couso ante el Tribunal Supremo, este ordeno en diciembre de 2006 reabrir la causa, estableciendo que España si era competente y tenía jurisdicción para conocer de esos concretos hechos.

Con posterioridad a la resolución del Tribunal Supremo español, el juez Pedraz acordó en el año 2007 el procesamiento de los tres militares de Estados Unidos además de reiterar las órdenes de busca y captura internacional —que por cierto, nunca tramitó Interpol España— y de prisión incondicional para los anteriores.

La anterior resolución fue nuevamente recurrida por el fiscal provocando que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en auto de fecha 13 de mayo de 2008, anulara el procesamiento, las ordenes de prisión y las ordenes de búsqueda y captura internacional, alegando que no existían aun indicios suficientes de culpabilidad en los imputados para adoptar dichas medidas, pero sin embargo, a la vista de la anterior sentencia del Tribunal Supremo de diciembre de 2006, no pudo ordenar el archivo de las actuaciones, de forma que la causa siguió siendo instruida.

En fecha 20 de mayo de 2008, el juez Pedraz acordó la practica de siete nuevas pruebas, entre ellas, quizás la más sobresaliente, admitir la declaración de la testigo propuesta el día anterior por la acusación particular, la exsargento del Ejército de Estados Unidos Adrienne Kinne, destinada en la inteligencia militar de Estados Unidos en el momento de los hechos y quien en un programa de televisión emitido el día 14 de mayo de ese mismo año en Estados Unidos, denunció que el Hotel Palestina fue designado como “objetivo militar” por el Ejército de su país, a pesar de ser un lugar internacionalmente protegido según las Convenciones de Ginebra y a pesar de haber dado las autoridades norteamericanas la orden de concentrarse en dicho hotel a la prensa internacional que se encontraba en Bagdad en el momento de la invasión.

Igualmente, el juez acordó citar a declarar, como perito de la acusación particular, al general de la Guardia Civil española Gonzalo Jar Couselo, especialista de la Cruz Roja española en Derecho Internacional humanitario autor de un artículo de investigación jurídica sobre la muerte de Couso, estudio en el que se viene a concluir que la muerte del periodista fue un crimen de guerra.

También solicitó la práctica de pruebas periciales por parte de técnicos especialistas del cuerpo de Artillería del Ejército español, así como ha solicitado en numerosas ocasiones autorización a las autoridades iraquíes para proceder a la reconstrucción de los hechos, solicitud que a fecha de hoy y a pesar de las sucesivas reiteraciones de la justicia española, no ha sido atendida ni contestada por Iraq.

Además, el Juez citó a declarar los exministros Ana Palacio, titular de Exteriores en el momento de producirse el asesinato de los periodistas, y Federico Trillo, titular de Defensa en ese momento. Ambos declararon por escrito sobre las explicaciones dadas

sobre estos asesinatos por las autoridades de Estados Unidos, tanto de forma oficial como de forma extraoficial, al Gobierno español en su día.

Una vez concluida la práctica de varias de las anteriores pruebas —declaración de los peritos judiciales y de parte, incorporación a las actuaciones de las declaraciones de la exsargento Kinne y declaraciones por escrito de los dos exministros del Gobierno de José María Aznar— el juez instructor acordó nuevo procesamiento y reiteró la orden de detención internacional sobre los imputados con fecha 21 de mayo de 2009.

Nuevamente la Fiscalía de la Audiencia Nacional recurrió dicha resolución y en esta ocasión, mediante auto de fecha 14 de julio de 2009. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no solamente admitió el recurso de apelación ordenando revocar los procesamientos y ordenes de detención, sino que igualmente ordenó —contrariamente al criterio del Tribunal Supremo— al juez instructor que dictará resolución acordando la conclusión del sumario y elevando la causa a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para que por esta se procediera en consecuencia, lo que el juez instructor hizo mediante Auto de fecha 16 de julio de 2009.

Las acusaciones particulares y popular personadas recurrieron la anterior resolución de conclusión del Sumario acordada por el instructor en cumplimiento del auto de la Sala de lo Penal de fecha 14 de julio 2009, lo que dio lugar a un nuevo auto de la Sala de lo Penal de fecha 23 de octubre de 2009 por el que se ratificó la conclusión del sumario y se determinó el sobreseimiento libre de las actuaciones, si bien una de las magistradas integrantes de la Sala, doña Clara E. Bayarri, emitió voto particular en el que hacia constar la necesidad de continuar la instrucción del sumario, mantener los procesamientos y proceder a las prácticas de las pruebas pendientes. En la actualidad pende de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo la resolución de los tres recursos de casación interpuestos por las acusaciones en diciembre de 2009, contra las resoluciones de conclusión del sumario y de sobreseimiento libre acordado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; resolución que ha impedido la práctica de las varias pruebas propuestas por las acusaciones y aceptadas por el juez instructor que se encontraban pendientes de practicarse en el momento de acordarse la conclusión del sumario.

Destaquemos en este punto que en el tiempo transcurrido entre el auto de fecha 21 de mayo de 2009, dictado por el juez Pedraz acordando el nuevo procesamiento, y la fecha de interposición del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, impugnando el sobreseimiento libre de las actuaciones, los órganos legislativos españoles han aprobado la reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que cercena y limita hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal extenso existente en nuestra legislación, que había permitido varios casos de persecución efectiva de estos delitos por parte de los tribunales españoles, así como un considerable incremento del prestigio de la justicia española en ámbitos internacionales.

Paradójicamente, a pesar de que la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) ha introducido el denominado “principio de personalidad pasiva” (víctimas españolas) como foro de competencia para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial —ya no “universal”— de los tribunales españoles en materia penal, lo cierto es que al menos en el caso Couse la Fiscalía de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Penal de esta jurisdicción penal especial vienen dictando resoluciones que en la práctica

hacen imposible este ejercicio de la competencia de forma extraterritorial en un caso emblemático por la existencia de víctima española.

## **II. Antecedentes jurídicos universales en materia de crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio, como mecanismo para evitar la impunidad**

Tras finalizar la segunda guerra mundial la humanidad se encontró frente al grave problema de castigar la ejecución por el régimen nazi de un inmenso crimen, —contra la humanidad en su conjunto— hasta entonces no conocido por su magnitud, ni por tanto tipificado ni regulado en el Derecho Internacional; el desde entonces llamado crimen de genocidio, o exterminio planificado y masivo de personas pertenecientes a diversos colectivos humanos por el mero hecho de tal pertenencia y con el objeto de hacer desaparecer dicho colectivo: judíos, comunistas, homosexuales, gitanos etc.

Ante la gravedad del crimen perpetrado en los campos de exterminio nazi y la posibilidad real de que los mismos quedaran en situación de impunidad, con carácter retroactivo y en apariencia contradiciendo el básico principio del derecho penal denominado “irretroactividad de las normas penales sancionadoras”, la comunidad internacional estableció el denominado Acuerdo de Londres de constitución del Tribunal Internacional de Núremberg, aprobando el estatuto regulador del funcionamiento de este Tribunal entre cuyos contenidos se hallaba la definición de este nuevo crimen —el genocidio— frente al cual la humanidad nunca se había encontrado hasta ese momento.

Lo que en principio pudo parecer una violación del principio de legalidad en materia penal y como tal fue denunciado por los abogados de los principales jerarcas nazis sometidos a proceso penal en Núremberg —nadie podrá ser juzgado y castigado si no es en aplicación de una norma penal existente en el momento de cometerse el delito— quedó acreditado que no era tal violación de los principios y garantías penales, toda vez que la gravedad del crimen cometido exigía el castigo de los responsables del mismo. Además, la existencia en el Derecho Internacional humanitario de la llamada “cláusula Martens” establecida en el preámbulo de la primera Convención de La Haya relativa a las leyes y los usos de guerra terrestre, de 29 de Julio de 1899, obligaba de hecho a que tales crímenes no quedaran impunes al ser obligación *erga omnes* (frente a todos, personas o Estados) la persecución de los mismos por toda la humanidad.

La cláusula Martens establecía lo siguiente: “Esperando que un Código más completo pueda ser redactado, en lo que concierne a sus leyes, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes queden bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, como resulta de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de las conciencias públicas”.

Posteriormente, la comunidad internacional solventó definitivamente esta deficiencia de forma clara y contundente con la aprobación y entrada en vigor del PIDCP de 1966, en cuyo artículo 15.1 se recoge en primer lugar el principio de legalidad en materia penal internacional y a continuación en su artículo 15.2 se establece, reco-

giendo el espíritu de la ya mencionada cláusula Martens: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

En esta línea, la octava Conferencia para la unificación del derecho penal, reunida en Bruselas en julio de 1947, acordó por unanimidad el siguiente texto: “[...] es necesario [...] asegurar la represión del homicidio y de todos los actos que tienden a la supresión de la vida humana, cometidos contra individuos o grupos humanos por razón de su raza, nacionalidad, religión o sus opiniones [...]. Esta represión debe estar organizada en el plano internacional y asegurada por una jurisdicción penal internacional cuando los culpables son los gobernantes, órganos o protegidos por el Estado, así como en defecto de represión por el derecho penal nacional”.

La AG de las Naciones Unidas ha venido aprobando desde su creación distintas resoluciones que vetan la impunidad y obligan a castigar los crímenes de guerra. Entre ellas, podemos destacar las resoluciones 3 (i) de 13 de febrero de 1946 y 170 (ii) de 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra; la Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y por el fallo de este Tribunal, y las resoluciones 2184 (xxi) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (xxi) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de apartheid, por otra.

Igualmente, se adoptaron las resoluciones del ECOSOC de las Naciones Unidas 1074 D (xxxix), de 28 de julio de 1965, y 1158 (xli), de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, antecedente de lo que posteriormente fue la aprobación de la “Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” adoptada por la AG de Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968 y que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. Es decir, desde el final de la segunda guerra mundial, la comunidad internacional ha asumido el compromiso de castigar los crímenes de guerra y de lesa humanidad, por lo que desde entonces no deberían existir crímenes de esta categoría que quedaran impunes.

### **III. Jurisdicción universal para conocer de los delitos contra la humanidad**

La CDI de las Naciones Unidas se ha pronunciado sobre la existencia de la jurisdicción universal desde larga data. En el borrador de la Convención sobre la responsabilidad de los Estados, determinó que un crimen internacional es “un acto internacional injusto que como resultado quiebra una obligación internacional tan esencial para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional que su quiebra es reconocida como un crimen por toda la comunidad”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Naciones Unidas (1976): “Report of the International Law Commission to the General Assembly”, documento A/31/10.

La CIJ, hace algunos años, explicó los efectos *erga omnes* de la jurisdicción universal para las más atroces ofensas, tales como el guerra, crímenes contra la humanidad, terrorismo y tortura: “Hay una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado hacia la totalidad de la comunidad internacional, y las acciones que deben prevenir frente a otros estados. [...] Por su naturaleza, lo anterior concierne a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos a que afecta, todos los Estados podrán tener interés en su persecución; son obligaciones *erga omnes*”<sup>3</sup>.

Por todo lo anterior, resulta que la comunidad internacional tiene un compromiso con el ejercicio de la jurisdicción universal que es resumido por la Doctrina de la siguiente forma: “la expansión de la competencia universal es consecuencia de distintos esfuerzos legales para remediar los efectos de las actividades terroristas y las violaciones de los derechos fundamentales”<sup>4</sup>. España es parte de esa comunidad internacional, habiendo recogido el legislador interno los anteriores principios, siendo estos plasmados en nuestra legislación nacional. España es parte, desde el 16 de mayo de 1972, de la Convención de Viena sobre el derecho de tratados, como también lo es Estados Unidos. La convención establece en su artículo. 26, que todos los tratados en vigor comprometen a todas las partes y “deben ser cumplidos por ellas de buena fe”. El artículo 27 del indicado tratado establece que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Igualmente, los principios constitucionales (artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución española), contemplan las normas y tratados internacionales ratificados por nuestro país como norma de derecho interno. En este aspecto, tanto el contenido como la interpretación de la ley internacional constituyen norma de jerarquía superior a la ley interna.

La convención también prevé, en el artículo 31.1, que un tratado “deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Igualmente, el artículo 32 reconoce que los medios “complementarios” de interpretación de los tratados son plenamente aplicables.

También los principios generales del Derecho Internacional consuetudinario otorgan competencia universal a los tribunales españoles (o de otros Estados miembros de la comunidad internacional, que sean parte del sistema de Tratados Internacionales de protección de los derechos humanos) para conocer sobre delitos graves acordes con la legislación internacional.

#### IV. La aplicación jurídica al caso Couso

En el caso Couso nos encontramos con la clara resistencia de la justicia española a aplicar estos principios de perseguibilidad universal, contradiciendo así lo establecido en las Convenciones de Ginebra de Derecho Internacional humanitario de 1949 y en los protocolos adicionales de las anteriores Convenciones de 1977, a pesar de

---

<sup>3</sup> CIJ (1970): “Case concerning In re Barcelona Traction, Light & Power Co. (Belg. v. Spain). Judgement”, 5 de febrero de 1970.

<sup>4</sup> Kenneth C. Randall (1988): “Universal jurisdiction under international law”. *Texas Law Review*, 66: 842.



ser tratados internacionales de obligado cumplimiento para nuestro país por haberlos signado y ratificado.

Pero lo más sorprendente del “fallo anticipado” dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, es que al establecer que los hechos no son constitutivos de delito, sin esperar a la realización de la fase plenaria —vista oral del juicio a los acusados— vulnera, sin duda, los derechos al debido proceso y de contradicción, por no haberse podido practicar durante la instrucción las pruebas ya propuestas y aprobadas por el instructor así como otras anunciadas; pruebas tan importantes como la declaración de la testigo exsargento de la inteligencia militar de Estados Unidos Adrienne Kinne quien declaró a medios de comunicación norteamericanos el 13 de mayo de 2008:

Uno de los casos fue el hecho de que estábamos escuchando a periodistas que se alojaban en el Hotel Palestina. Y recuerdo que, concretamente a causa de que, durante la intensificación de la operación Shock and Awe (Impacto y Terror) por la que gente de mi unidad estaba muy nerviosa, se nos dio una lista de posibles objetivos en Bagdad, y el Hotel Palestina estaba catalogado como objetivo potencial. Y recuerdo esto concretamente porque, sumando dos y dos, había periodistas alojados en ese hotel y estaba incluido como objetivo potencial, acudí a mi oficial al mando, y le dije que hay periodistas alojados en ese hotel que creen estar a salvo, y lo tenemos catalogado como objetivo potencial, y de algún modo aquí no se está estableciendo una relación, ¿no deberíamos hacer un esfuerzo para que las personas adecuadas conozcan esta situación? Por desgracia, mi oficial al mando, de forma parecida a cuando le expresé mi preocupación acerca de ciertas cosas que estábamos recopilando o sobre información de inteligencia que estábamos proporcionando, me dijo básicamente que no era mi trabajo analizar. Mi trabajo era recopilar información y pasarla y que alguien en un nivel superior de la cadena de mando sabían lo que estaban haciendo.

Es cuestión jurídica pacífica que en las guerras existen normas que es preciso respetar en cualquier circunstancia (*ius in bello*), especialmente en cuanto a la conducción de las hostilidades, medios utilizables y personas protegidas. Y esto último tiene más significación y carácter imperativo si cabe, a la vista de que en las guerras modernas, a partir de la segunda guerra mundial, no son los combatientes quienes más posibilidades de fallecer tienen en los conflictos, sino desgraciadamente la población civil, como así ha quedado acreditado en todos y cada uno de los conflictos nacionales e internacionales habidos desde 1939 hasta la fecha.

Así, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 de forma común (artículos 49, 50, 129 y 146 de cada una de ellas) establecen responsabilidad penal internacional por actos que además de prohibidos, son susceptibles de ser calificados como crímenes de guerra. Los artículos 50, 51, 130 y 139 —comunes a los cuatro convenios— y los artículos 11 y 85 del protocolo I definen las infracciones graves contra dichos convenios, infracciones entre las que se encuentra el ataque a personas internacionalmente protegidas como son los civiles no combatientes y los periodistas. El artículo 51 del Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra establece las reglas referidas a la necesidad y proporcionalidad de los ataques: “Artículo 51. 4: Ataques indiscriminados: a) los que no están dirigidos contra objetivo militar concreto [...] c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente protocolo, y que en tales casos puedan alcanzar indistintamente

a objetivos militares y a personas civiles”, determinando también la obligación de los beligerantes de abstenerse o parar dichos ataques. El artículo 57 del mismo Protocolo Adicional I establece reglas referidas a la precaución en los ataques. “Art 57. (2.a.III: Abstenerse de decidir un ataque cuando se prevé que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil,[...] que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista)”. Opera así el principio de distinción, recogido en el artículo 48 del Protocolo Adicional I, que establece imperativamente el mandato de dirigir las operaciones militares únicamente contra objetivos militares. Igualmente, el artículo 8 del Estatuto de la CPI tipifica como crímenes de guerra los ataques contra la población civil y personas internacionalmente protegidas.

En el mismo sentido, nuestro Código Penal, artículos 608 al 614, regula los denominados “delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, tratándose en la mayoría de los supuestos de regulaciones de delitos por su resultado, es decir, partiendo de la premisa establecida en el Derecho Internacional humanitario de que la prohibición de causar daños a las personas internacionalmente protegidas es absoluta. Establece el artículo 608 de nuestro Código Penal: “A los efectos de este capítulo se entenderá por personas protegidas: [...] 3º.- La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra [...] o por el Protocolo I Adicional [...]”. Estableciendo el mencionado Protocolo Adicional I en su artículo 79 que tendrán dicha consideración de personas internacionalmente protegidas:

Art 79:

1. Los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado, serán considerados personas civiles en el sentido del párrafo 1 del artículo 50.
2. serán protegidos como tales de conformidad con el Convenio y el presente Protocolo, a condición de que se abstengan de todo acto que afecte a su estatuto de persona civil y sin perjuicio del derecho que asiste a los corresponsales de guerra acreditados ante las fuerzas armadas a gozar del estatuto que les reconoce el art. 4 A4 del III Convenio.

Conviene recordar que en el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de procesamiento dictado por el Juzgado Central de Instrucción número 1 en fecha 21 de mayo de 2009, se alegaba que: “El instructor no hace constar nada que permita acreditar inicialmente el delito por el que se procesa”, cuando lo cierto es que nuestra Jurisprudencia exige para incoar sumario únicamente la consideración de “probabilidad de la existencia de delito”. Alegaba posteriormente el fiscal la supuesta necesidad para dictar procesamiento de “acreditar que los procesados sean autores de dicho delito”, cuando nuestra Jurisprudencia únicamente exige al instructor que este aprecie la “probabilidad de participar en el delito” por parte del procesado.

Es decir, para incoar sumario y posteriormente dictar procesamiento no es necesario acreditar ni la existencia de delito ni la participación del procesado en la comisión del mismo, toda vez que la certeza sobre la existencia de ambos extremos, con exclusión de toda duda, corresponde en exclusiva y en trámite posterior al tribunal sentenciador.

Así lo tiene establecido de forma consolidada nuestro Tribunal Constitucional en sus autos 324/1982 de 25 de octubre, 146/1983 de 13 de abril, 173/1984 de 21 de marzo y 340/1986 de 22 de mayo, entre otros, habiendo sido así recogido por la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo:

El TC, en RR 2 y 16 Feb. 1983 dice que los indicios racionales van ligados al problema de la probabilidad. Para incoar un sumario se precisa la posibilidad de la comisión de un delito; para el procesamiento la probabilidad de participación de una persona determinada y, para la condena, la certeza, con exclusión de toda duda; añade dicho Tribunal que no basta para que se acuerde el procesamiento, la existencia de algún indicio de criminalidad, dado que es preciso que el indicio o indicios sean racionales, de modo que no se llegue a tan grave medida como consecuencia de vagas medidas, como consecuencia de vagas indicaciones o livianas sospechas, lo que implica tenerse que apoyar en datos de valor fáctico que, representando más que una posibilidad y menos que una certeza, supongan una probabilidad de la existencia de un delito, ya que la aseveración sobre la que debe adoptarse el procesamiento es relativa aunque lógicamente suficiente, pero sin exigir un inequívoco testimonio de certidumbre. En suma, el procesamiento constituye, para algunos de los delitos más graves, el único vehículo procesal arbitrado por la LECrim. para que unas determinadas conductas —lo que implica un hecho, sus circunstancias y ejecutores— sean analizadas en toda su extensión y profundidad por el Tribunal que, en definitiva, viene llamado a pronunciarse sobre la antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad de tales conductas. Avala lo expuesto la doctrina del TC que, constatando cómo a través del procesamiento por regla general, no puede vulnerarse derecho fundamental alguno, dado su carácter procesal y provisional (SS 17 Abr. 1989 y 5 Abr. 1990), insiste en su carácter de presupuesto imprescindible para la apertura del juicio oral, y de ahí que solo quepa revisar su “pureza” o adecuación a las exigencias implícitas en el párr. 1.º del art. 384 LECrim., insistiendo el TC en que, al tratarse de meros indicios, el Tribunal de apelación deberá obviar un análisis y valoración profundos de los elementos de conocimiento, que no pruebas, a su alcance, corrigiendo exclusivamente supuestos de manifiestas infracciones de dichos presupuestos, especialmente en el ámbito de la culpabilidad entendida como participación en el hecho<sup>5</sup>.

Por ello, resulta improcedente por contrario al Derecho Internacional humanitario el siguiente argumento utilizado por el Ministerio Fiscal en su recurso de apelación contra el auto de procesamiento de fecha 21 de mayo de 2009: “El hecho de saber, o no, que en ese hotel se alojaba la prensa no impide que en el mismo se ubiquen individuos que al amparo de ese presunto “escudo” quieran usarlo para cometer una acción contra los ahora procesados”, argumento que lamentablemente posteriormente fue recogido en el auto de la Sala de lo Penal de fecha 23 de octubre de 2009, que ratificaba la conclusión del sumario y acordaba el sobreseimiento libre de las actuaciones, auto recurrido actualmente en casación ante el Tribunal Supremo y pendiente de su resolución.

Siendo lo cierto que aún en dicho caso, que sin haber sido acreditado en las actuaciones ni haberse realizado intento de acreditación al respecto no deja de ser más que una mera hipótesis especulativa: un ataque indiscriminado y desproporcionado como el que se efectuó contra el Hotel Palestina vulneraría los principios distinción y precaución que deben imperar en el accionar de cualquier Ejército sometido al imperio del Derecho Internacional humanitario, máxime cuando este se encuentra en una situación obvia de superioridad como fue el caso del ataque al Hotel Palestina.

---

<sup>5</sup> Sentencias Sala Segunda Tribunal Supremo de 28 de enero de 1988, 27 de febrero de 1989 y 18 de diciembre de 1990.

Recordemos que ni se ha acreditado, ni aparece el más mínimo indicio en las actuaciones, de que dicho hotel fuera usado por combatiente alguno como escudo, más bien al contrario, a la vista de las declaraciones obrantes en autos de los periodistas que fueron testigos presenciales de los hechos.

Pero aun en el caso de que así hubiera sido, ello no elimina la consideración del Hotel Palestina como lugar internacionalmente protegido en medio del conflicto armado, por ser el lugar de alojamiento de la prensa internacional, por expresa indicación de la fuerza militar ocupante que realiza el disparo contra el lugar que ellos mismos habían designado como internacionalmente protegido.

Aparece aquí un primer rasgo de falta de proporcionalidad o ataque excesivo respecto al realizado por el carro de combate ocupado por el antes procesado sargento Gibson: en el mejor de los casos, ante la mera sospecha de la ubicación en dicho lugar de un “oteador” enemigo, el mencionado sargento y el resto de los entonces procesados deciden hacer caso omiso del estatuto de protección internacional del citado hotel, sin ni siquiera realizar un mínimo de actos de verificación de la certeza de lo que únicamente es en ese momento una sospecha.

No perdamos de vista que en las grabaciones de imagen aportadas en las actuaciones no se aprecia ni un solo disparo procedente del hotel, ni procedente de ningún otro lugar que haya impactado en el carro de combate y que la falta de testigo alguno o aun de declaración a los medios de comunicación, realizadas bien por los autores del disparo o por sus mandos militares, lleva a la única conclusión posible de que esa eventualidad no es mas que una especulación sin fundamento, dado que nunca se produjo. Ni siquiera las autoridades de Estados Unidos han sostenido tras el ataque que existiera en algún momento combatiente enemigo u oteador en el citado Hotel.

Debe, por tanto, cuestionarse al menos la afirmación contenida en el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 23 de octubre de 2009 que acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones, en su segundo fundamento de derecho, párrafo penúltimo: “Estamos pues ante una sola acción ejecutada [...] y en consecuencia no desvirtúa la credibilidad del error visual, reconociendo la presencia de un francotirador o de un ojeador, que dio lugar a la decisión de atacar el hotel para asegurar la zona, en términos de prevención”, toda vez que la anterior actuación supondría una clara infracción del artículo 608 del Código Penal, ya que implica la supresión de la protección de que gozan en el Derecho Internacional humanitario los lugares o personas incondicional e internacionalmente protegidas, además de anular la vigencia de los principios de distinción y precaución; siendo dichas normas de carácter imperativo y de *ius cogens* y por tanto no derogables ni objetables en ningún supuesto de conflicto armado.

Conforme a este mandato legal, resulta indiferente cual de las hipótesis esgrimidas en distintos momentos por el Ejército de Estados Unidos quiera ser considerada. De hecho, el Gobierno de Estados Unidos —tal y como consta en las actuaciones— dio cuatro versiones antes de la definitiva (que envió al Gobierno ucraniano y nunca a los tribunales españoles):

— que el carro de combate disparó porque se les atacaba desde el *lobby* del hotel;

- ante la pregunta de los periodistas sobre el disparo a los pisos superiores y no al *lobby*, cambian la inicial versión y manifiestan qué había un francotirador en los pisos superiores;
- cuando se les inquiere sobre el poco daño que un francotirador puede causar sobre unidades blindadas, recurren a la versión del RPG (lanzador de granadas autopropulsadas);
- al ser conocido que el alcance de un RPG es inferior a los 650 m y estando el hotel a 1 500 m de distancia, se cambia a la versión definitiva en el informe mencionado donde se relata que había informes del uso de “potentes misiles contra-carro”, cuando no hay evidencias del uso de armas contra carro tipo Kornet o AT-4 en la invasión de Iraq, ni en las horas en que permanecieron sobre el puente Al Jumuriya los carros de combate estadounidenses, como demuestran las imágenes que grabó el propio Couso antes de su asesinato;
- y definitiva versión hasta la fecha: posteriormente alegan que las unidades “estaban siendo observadas por un vigía enemigo que estaba situado en el otro lado del río Tigris, el cual dirigía el fuego y las fuerzas enemigas en su dirección”.

A pesar de que en los treinta y cinco minutos anteriores al disparo no hay combates ni los carros reciben fuego enemigo, la anterior versión añade lo siguiente: “Un carro de combate efectuó un disparo con su cañón de calibre 120 mm hacia la posición del presunto observador enemigo. Inmediatamente después las transmisiones enemigas monitorizadas revelaron que el observador enemigo había recibido fuego y los disparos enemigos coordinados dirigidos hacia la compañía A cesaron”.

Repárese en este punto en que por el Mando Militar americano se traslada a los tribunales españoles que “el elemento base de esa acción militar” era “la presencia de un francotirador” (segunda, tercera o cuarta de las anteriores versiones, sustancialmente diferente de la quinta y última dada al Gobierno ucraniano).

En cualquiera de los casos nos encontraremos en que estamos ante un delito de resultado, y por tanto ante la obligación de intervención de la justicia para determinar las responsabilidades derivadas del hecho criminal. Así, ante la hipótesis de la existencia de un francotirador u ojeador iraquí en el Hotel Palestina, deberían haber primado los principios de distinción, proporcionalidad y precaución —mandato imperativo contenido en las normas de Derecho Internacional humanitario— antes de efectuarse un ataque previsiblemente mortífero en una coyuntura en la que ningún ataque estaba siendo recibido por el carro de combate de los Estados Unidos.

Ante la hipótesis de existencia de *fedayines* iraquíes en el hotel, este hecho por sí mismo no exime a los autores del disparo mortal de responsabilidades penales, toda vez que en dicha acción se aprecia dolo eventual (aunque el sujeto activo del delito no desee el resultado que su acción va a producir, es consciente de que su acción puede causar dicho resultado o bien es indiferente al mismo), además de conculcación de los mencionados principios de distinción, proporcionalidad y precaución previstos en el Derecho Internacional humanitario.

Ante la hipótesis de que los autores del disparo buscaran amedrentar a las personas que miraban desde el Hotel Palestina, se apreciaría dolo eventual e intencionalidad de generar pánico, actuación expresamente tipificada en el artículo 611 del Código

Penal que castiga a quien realice u ordene ataques contra la población civil con el fin de “aterrorizarla”.

A nuestro juicio y tal y como se sucedieron los hechos criminales investigados en el caso Couso, no puede descartarse la probabilidad de que el ataque contra el Hotel Palestina tuviera como finalidad amedrentar a los periodistas en él concentrados, máxime considerando que el escaso lapso de tiempo —en la misma mañana— las fuerzas norteamericanas habían bombardeado las sedes en Bagdad de los canales Al-Yazira y Abu Dabi TV, tal y como expresamente ha hecho constar el juez instructor en distintas resoluciones (por ejemplo, en el cuarto razonamiento jurídico b) del auto de procesamiento de fecha 21 mayo 2009).

En todo caso, parece aventurado negarse a relacionar hechos conexos que aparecen en las actuaciones, como son la coincidencia en la jornada del 8 de abril de 2003 de diversos ataques por parte de los Estados Unidos contra lugares donde se ubicaban periodistas, esto es, las ya indicadas instalaciones de las cadenas Abu Dabi TV y Al-Yazira, y del Hotel Palestina, máxime ateniéndonos a lo declarado a los medios de comunicación por la sargento Kinne respecto a la declaración de objetivo militar del anterior hotel por el Ejército de Estados Unidos.

Descartar la relación entre ambos hechos en la fase de instrucción del sumario sin previamente solicitar el Ministerio Fiscal la práctica de prueba alguna al respecto, es ignorar el contenido del artículo 611.1 del Código Penal, además de ser una actuación más propia de la defensa de los procesados que de quien debe ejercer la acusación publica ejercitada en defensa de los intereses generales, en este caso, de los intereses de las víctimas de guerra en general y de la familia del fallecido en particular.

Al respecto, la conclusión a la que llega el auto de la Sala de lo Penal de fecha 23 de octubre de 2009 descartando que dichos ataques —los tres— pudieran formar parte de una estrategia deliberada de amedrentamiento contra los periodistas destacados en Bagdad, es claramente contraria a derecho, constituyendo infracción del artículo 611.1 del Código Penal y de las normas correlativas existentes en las Convenciones de Ginebra y en el Protocolo Adicional I a estas. Así, el auto referido literalmente indica: “Cualquiera de los supuestos no llenan el de Autos, porque la acción que dañó las televisiones se produjo en lapso temporal [...] distante según relatan los testigos, circunstancia obstativa para configurar indiciariamente un plan deliberado de ataque indiscriminado conjunto [...]” toda vez que ni existió tal lapso temporal dilatado ni en caso de haber existido el mismo ello obstaría para que configurara un plan deliberado de ataque indiscriminado, dado que ningún requisito temporal exige el artículo 611 del Código Penal para apreciarse la intencionalidad de aterrorizar a la población civil.

Respecto al carácter excesivo e indiscriminado del disparo efectuado por el en su momento procesado sargento artillero Gibson, resulta obvio que dicho carácter está suficientemente acreditado por el Instructor en su auto de 21 de mayo de 2009 en referencia a los dictámenes de peritos artilleros del Ejército español (razonamiento jurídico cuarto), siendo lo cierto que existe la obligación legal de los militares en conflictos armados —también de los de Estados Unidos— de, antes de efectuar un disparo, roceder a advertir de este hecho a los civiles que se encontraran en el lugar objeto del ataque, en este caso los periodistas alojados en el Hotel Palestina, máxime cuando el objetivo



escogido se trata de un lugar destinado al alojamiento de personas internacionalmente protegidas según el Derecho Internacional humanitario.

El propio Ministerio Fiscal afirmó en su recurso contra el auto de procesamiento de 21 de mayo de 2009 que “la conducta de los procesados ni es indiscriminada ni excesiva, aun cuando pueda tener relevancia penal y ser merecedora de reproche punitivo”, afirmación que por sí misma convalidaría la resolución de procesamiento adoptada por el instructor y recurrida por el fiscal, toda vez que da por sentada la existencia, al menos, de indicios de culpabilidad respecto a los entonces procesados.

El “cerrojazo judicial” dado al caso Couso por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante auto de sobreseimiento libre, nos sitúa en la práctica ante una resolución absolutoria anticipada en la que no aparecen hechos declarados probados. El auto de la Sala de lo Penal de fecha 23 de octubre de 2009 establecía:

Estamos pues ante una sola acción ejecutada, y por sus características, aunque no hubiera fuego cruzado inmediato, y precisamente por la ausencia de batalla o escaramuzas en las inmediaciones del hotel, estas circunstancias no difieren de las explicaciones del capital error visual, reconociendo la presencia de un francotirador o de un ojeador, que dio lugar a la decisión de atacar el hotel para asegurar la zona, en términos de prevención.

Tal afirmación se vierte en el apartado de fundamentos de derecho (página 5) del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 23 octubre de 2009, cuando conforme a lo establecido en los artículos 141 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) y 248.2 de la LOPI, debiera haberse incluido en un apartado ya fuere de “resultandos” o ya fuere de “hechos”, siendo lo cierto que los únicos hechos considerados por el auto recurrido han sido las alegaciones formuladas por las acusaciones respecto a la necesidad de practicar las pruebas ya propuestas y acordadas en el periodo de instrucción, pero que no llegaron a practicarse, o bien las alegaciones de las acusaciones respecto a la necesidad de practicar nuevas pruebas hasta ahora no propuestas ante el instructor.

De esta forma, la citada resolución judicial, careciendo de resultandos o hechos en los que se enumeren los hechos al menos indiciariamente probados —necesariamente los así considerados por el instructor, a la vista de la fase procesal en que se encontraban las actuaciones antes de la imperativa orden de conclusión del sumario dictada por el auto de 14 de julio de 2009 puesto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional—, incluye los que según el criterio de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional —coincidente únicamente con el del Ejército de los Estados Unidos— y sin haberse realizado actividad probatoria alguna al respecto, a la vista de la negativa de los acusados a comparecer y declarar, y ante la ausencia de prueba alguna propuesta por el fiscal para desvirtuar la declaración de los periodistas que recogieron las manifestaciones del acusado capitán del Ejército de Estados Unidos Welford, acreditarían la existencia de un francotirador, ojeador o agente iraquí que habría supuestamente hecho perder la calidad de lugar internacionalmente protegido al Hotel Palestina y de personas internacionalmente protegidas a los periodistas que casi en exclusiva lo ocupaban por expresa indicación de las autoridades de los Estados Unidos. De esta forma, parte de considerar como hechos irrefutables y acreditados aquellos que nunca han



sido ni acreditados, ni alegados, ni enumerados, fundamentando sus conclusiones en meras especulaciones mas allá de omitir formalmente hecho probado alguno.

A lo largo del auto de fecha 23 de octubre de 2009 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional —desde el primer párrafo del fundamento de derecho segundo y hasta finalizar dicho fundamento de derecho—, se consideran como “hechos probados” distintos conceptos jurídicos predeterminados que, mediante un procedimiento lógico deductivo no se pueden ni comprender ni compartir, lo que necesariamente hace llegar a la Sala a la conclusión de la ausencia de indicio alguno que permita continuar la instrucción de la causa además de mantener las medidas —procesamiento— tomadas respecto a los acusados. Dice el auto:

Cualquiera de los supuestos no llenan el de autos, porque la acción que dañó las televisiones se produjo en lapso temporal [...] distante según relatan los testigos, circunstancias obstativas para configurar indiciariamente un plan deliberado de ataque indiscriminado conjunto, como exige el artículo 611.1 del Código Penal en orden a continuar la investigación. En el caso, el hotel, que oficialmente albergaba a periodistas y les servía de refugio, no está exento de una consideración como lugar de cobertura por fuerzas adversas en los términos del apartado 7.º: la presencia de personas civiles o de sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, ni para cubrir favorecer u obstaculizar operaciones militares

Al margen de que no se pueda compartir que el “lapso temporal” —de apenas escasas cuatro horas en una guerra que dura ya más de seis años— entre el ataque a las sedes de las televisiones y el ataque al Hotel Palestina, sea ningún obstáculo para contemplar la existencia de un plan de ataque deliberado a los medios de comunicación, que sin control del Ejército de Estados Unidos cubrían la entrada de las tropas de ese país en Bagdad el día de autos, lo cierto es que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional utiliza la mera existencia del apartado 7 del artículo 51 del Protocolo Adicional I a la cuarta Convención de Ginebra para llegar a la conclusión —y considerar por tanto de facto como hecho probado— de que el Hotel Palestina, en el momento del ataque que costó la vida a Couso, a otro periodista de nacionalidad ucraniana y provocó heridas al menos a otros tres periodistas, estaba siendo utilizado “como lugar de cobertura por fuerzas adversas en los términos del apartado 7.º” (del artículo 51 del protocolo I).

Es decir, la mera existencia de norma que contempla tal posibilidad, lleva a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a dar mas credibilidad, y considerar como hecho probado, a unas supuestas declaraciones en medios de comunicación realizadas por uno de los imputados —capitán Wolford—, nunca ratificadas a presencia judicial ni por el acusado ni por el periodista que las escribió, frente a las varias declaraciones —al menos tres— de distintos periodistas españoles que a presencia judicial y por dos ocasiones han negado la existencia de ningún francotirador, ojeador o personal militar iraquí en el Hotel Palestina el día del ataque al mismo. En el auto de procesamiento de fecha 21 de mayo de 2009 dictado por el Juzgado Central de Instrucción número 1, se indica en el apartado de antecedentes de hecho:

SEGUNDO.- De las diligencias obrantes en la causa y de las nuevas practicadas tras la revocación del anterior auto de procesamiento puede seguirse en grado de seria probabilidad

que el día 20 de marzo del 2003 comenzó un enfrentamiento bélico en Iraq, cruzando tropas estadounidenses y británicas la frontera con Kuwait. Desde varios días antes del comienzo del conflicto la mayor parte de la prensa internacional se encontraba alojada en el hotel "Palestina" de Bagdad, adonde se había trasladado desde el hotel "Rashid", por indicación del Pentágono Estadounidense.

En la madrugada del 8 de abril del 2003, la 3.<sup>a</sup> División de Infantería del Ejército de los Estados Unidos cruzó la zona occidental de Bagdad hasta situarse en la ribera del río Tigris. Al otro lado del río, en la zona oriental, se encontraba la mayor parte de las áreas residenciales de Bagdad, donde vivía la mayoría de la población civil, y era allí donde se encontraba ubicado el hotel "Palestina", uno de los edificios más altos y emblemáticos de la ciudad. A media mañana de ese día, los carros de combate del 64.<sup>o</sup> Regimiento Blindado, 4.<sup>o</sup> Batallón, pertenecientes a la compañía Alpha de la citada División se situaron en un extremo del puente "Jamurohaora", a poco más de un kilómetro del hotel "Palestina". Sobre las 11 horas, aproximadamente, el carro de combate estadounidense "Abrams M1", perteneciente a la compañía "A", disparó un proyectil de 120 mm. contra el hotel, a la altura de la planta quince, y ello pese a saber que el Hotel Palestina se encontraba en zona civil, así como que el mismo estaba ocupado por periodistas y población civil, de tal forma que podría causar la muerte de alguna persona. El periodista español de la cadena de televisión "Telecinco", don José Manuel Couso Permuy, quien se encontraba filmando desde la habitación 1403, fue alcanzado por la metralla procedente del estallido de proyectil, falleciendo pocas horas después en el Hospital "Ibn Nafis", de Bagdad. Asimismo, perdió la vida en ese ataque un reportero de la agencia "Reuters" (Taras Protsyuk), que se encontraba en otra planta, y resultando con heridas graves al menos otros tres periodistas.

TERCERO.- La persona que dio la orden directa de disparar fue el Teniente Coronel PHILIP DE CAMP, al mando del Regimiento de Blindados n.º 64 de la Tercera División de Infantería Acorazada del Ejército norteamericano, quien transmitió la orden al Capitán PHILIP WOLFORD, al mando de la Unidad de Blindados de la Compañía "A" del Regimiento de Blindados n.º 64 de la Tercera División de Infantería Acorazada del Ejército de los Estados Unidos de América. Este autorizó a quien materialmente efectuó el disparo, Sargento THOMAS GIBSON, perteneciente a la Compañía "A" del Regimiento de Blindados n.º 64 de la Tercera División de Infantería Acorazada del Ejército de los Estados Unidos de América.

CUARTO.- Antes, el mismo día, las fuerzas norteamericanas atacaron las dos sedes de televisión árabes Al-Yazira y Abu Dabi. No consta la existencia de "francotirador" u "ojeador" u "observador enemigo" ni disparo alguno, anterior o posterior a los hechos, procedente del tejado u otra parte del Hotel Palestina contra las tropas norteamericanas.

Sin embargo, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha venido alegando que los anteriores hechos, calificados de supuestos, "no llenan el de autos", sin añadir expresa relación de los que resultaren probados o llenaran el de autos, mas allá de que hace suyas "las apreciaciones de la Sección 2.<sup>a</sup>" sobre "las explicaciones del perito coronel y el presupuesto de las conclusiones del Mando Militar Americano en cuanto se aceptaba como elemento base de esa acción militar la presencia de un francotirador" sin que tal "apreciación" sea calificada mas que como eso, una simple apreciación en lugar de como un hecho probado.

Conviene llamar la atención del lector sobre el hecho de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha venido considerando mínimamente creíbles y rigurosas las conclusiones del Centcom norteamericano, mientras que ha rechazado las conclusio-

nes fundadas en el resultado de la prueba a la que llega el juez instructor de la causa. Sin duda dicha “credibilidad” de la versión americana resulta llamativa frente a la falta de credibilidad que la misma Sala de lo Penal otorga a la actividad instructora de un órgano judicial.

Pero visto cómo han llegado las conclusiones del mando central norteamericano a sede judicial española —en una escueta nota conteniendo afirmaciones genéricas y carente de explicaciones, contenidos ni formalidades— y vista la actitud de constante incumplimiento y desprecio de la normativa internacional en materia de derechos humanos y de derecho aplicable a los conflictos armados, de que han venido haciendo gala las autoridades de los Estados Unidos desde que iniciaron su todavía no definida “guerra contra el terrorismo”, —uno de cuyos primeros episodios fue precisamente la operación de invasión de Iraq que costó la vida al Couso—, más que llamativa esa “credibilidad” se nos antoja absolutamente desafortunada.

Y valgan como hechos notorios—que no requieren prueba alguna de su existencia— el que ese mismo Centcom norteamericano que nada explica ni aclara en las actuaciones judiciales, sea el mismo que inmediatamente después de ocurrir los hechos que acabaron con la vida de varios periodistas alojados en el Hotel Palestina, puso en marcha centros de secuestro y tortura generalizada como el tristemente famoso de Abu Ghraib, —que como conoce cualquier lector no especializado, no es ni mucho menos una excepción entre los similares que a fecha de hoy siguen manteniendo las autoridades de los Estados Unidos, la mayoría con carácter secreto— o el hecho constatado de recientes condenas en Europa a funcionarios norteamericanos por hechos cometidos en su peculiar guerra contra el Terror:

El juez de Milán Oscar Magi ha condenado este miércoles en rebeldía a 23 agentes de la CIA a penas de entre cinco y ocho años de cárcel por el secuestro de Abu Omar, ex imán de Milán y que fue raptado en la capital lombarda en 2003. El magistrado que firma la histórica sentencia decidió que no había lugar a procesar, en virtud del secreto de Estado, al ex director del SISMI (los servicios secretos italianos) Niccolò Pollari y a cinco de sus hombres. La fiscalía había solicitado 13 años para Pollari y 10 para su segundo, Marco Manzini

La sentencia considera probados los hechos denunciados por la fiscalía. Omar fue abordado en la calle por dos funcionarios italianos a plena luz del día, cuando caminaba desde su casa hasta una mezquita. Le echaron un espray en la cara, lo metieron en una furgoneta blanca, y lo llevaron hasta la base estadounidense de Aviano. Allí fue torturado durante siete horas. Luego, lo subieron a un avión y le trasladaron a El Cairo. Estuvo preso durante casi tres años en Tora, donde fue de nuevo torturado y perdió una pierna y parte de un oído<sup>6</sup>.

En la misma línea, la sentencia de esta Sala II del Tribunal Supremo, en el caso conocido como del “talibán español” (FJ sexto), establecía:

La detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, en la base de Guantánamo, custodiados por el ejército

---

<sup>6</sup> *EL País*, 4 de noviembre de 2009.

de los Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada.

Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero “limbo” en la Comunidad Jurídica que queda definida por una multitud de Tratados y Convenciones firmados por la Comunidad Internacional, constituyendo un acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como “Derecho Penal del Enemigo”. Ese derecho penal del enemigo opuesto al derecho penal de los ciudadanos, quedaría reservado para aquellos a los que se les consideraría responsables de atacar o poner en peligro las bases de la convivencia y del Estado de Derecho.

Precisamente esos ataques los convertiría en extraños a la “polis” a la comunidad de ciudadanos y como tal enemigos, es decir, excluido de la Comunidad y perseguidos si es preciso con la guerra. Por ello, las grandes líneas de esta singular construcción se encontrarían en:

- a) Frente al derecho penal del hecho —hecho concreto—, propio de la sociedad democrática, el derecho penal del enemigo es un derecho de autor que se centra no en lo que este haya hecho, sino en lo que pueda hacer en su condición de terrorista.
- b) Hay un decaimiento generalizado o anulación de las garantías procesales propias del proceso debido.
- c) Las penas previstas para esa actitud —que no los actos cometidos— pues el acento se pone en la puesta en riesgo, son de una gravedad y desproporción que desbordan la idea de ponderación, medida y límite anudados a la idea de derecho, y más concretamente de derecho penal.

Se trata de una construcción jurídica que parte de una contradicción en sus argumentos que contamina hasta la propia denominación de la doctrina.

No se pueden defender desde el Estado los valores de la libertad, convivencia, pluralidad y Derechos Humanos, con iniciativas caracterizadas por la vulneración de los valores que se dicen defender<sup>7</sup>.

Al respecto, el ex fiscal general del Estado español y ahora letrado de la acusación en el caso Couso, Leopoldo Torres Boursault, ha hecho constar, con absoluta lucidez, lo siguiente en sede judicial:

A este respecto, debe quedar constancia de que: Las presunciones de legalidad y de credibilidad concedidas gratuitamente a la Administración estadounidense responsable en la fecha de los hechos, no son referentes idóneos de valoración, cuando es un hecho notorio que el legado histórico que la misma ha dejado en materia de respeto a los derechos humanos y libertades ciudadanas nunca podrá desprenderse de desafueros (residenciados precisamente en los Departamentos de Justicia y de Defensa, bajo la responsabilidad directa del Presidente Bush y del Vicepresidente Cheney), ya reprobados severamente por los Tribunales españoles, tales como las supuestas armas de destrucción masiva, el “limbo” de Guantánamo, las torturas de Abu Grahb, las “Comisiones Militares” instituidas como Tribunales de excepción, los vuelos clandestinos de la CIA, las prisiones secretas, los mercenarios de la empresa Blackwater y la derogación por las vías de hecho de las Leyes de la Guerra, hechos generalísimos que están siendo investigados y corregidos por la actual Administración norteamericana, perpetrados con vulneración de los sólidos principios y valores éticos, jurídicos y políticos establecidos por los Padres Fundadores desde la declaración de independencia de los Estados Unidos, insitas en su

---

<sup>7</sup> Tribunal Supremo (2006): Sala II, sentencia de 20 de julio de 2006 (FJ sexto).

Constitución de 1.787 (principios y valores admirables y dignos de elogio sin necesidad de establecer comparaciones que aquí están fuera de lugar) y, desde luego, de las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, en el marco del Derecho Internacional Humanitario, plasmado en el Capítulo III del Título XXIV, Libro II, del Código Penal español (“Delitos contra la Comunidad Internacional”).

La dificultad para proceder a la práctica de pruebas durante la instrucción del sumario, que permitieran desvirtuar las afirmaciones sobre la inexistencia de delito internacional respecto a los hechos ocurridos en el Hotel Palestina de Bagdad —afirmaciones esgrimidas constantemente por el Ministerio Fiscal y demasiadas veces hechas suyas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional—, han sido una constante en una causa en la que *a priori* se contaba con dicha dificultad ante la negativa permanente de las autoridades norteamericanas y de las actuales autoridades iraquíes a colaborar con la investigación judicial seguida en España.

Varias son las pruebas que estaban pendientes de practicarse —tras haber sido su práctica aprobada por el instructor— cuando se acordó la precipitada conclusión del sumario y el sobreseimiento libre de las actuaciones, concretamente: declaración de los procesados, contemplada en el artículo 385 de la LECrim; reconocimiento judicial del lugar de los hechos: inspección ocular de los artículos 326 al 333 de la LECrim y declaración de la testigo residente en el extranjero, exsargento del Ejército norteamericano Adrienne Kinne, conforme a lo establecido en el artículo 424 LECrim.

Además de lo anterior existen al menos, otras dos pruebas pendientes de practicarse aunque no hubieran sido aun aprobadas por el instructor: la declaración de la testigo residente en el extranjero, la periodista estadounidense Amy Goodman, directora del programa de la radio y televisión estadounidense *Democracy Now!*, quien realizó la entrevista televisiva en la que la exsargento del Ejército de Estados Unidos efectuó las declaraciones ya relatadas, y la prueba pericial de parte (artículos 456 a 485 de la LECrim) consistente en la explicación del informe técnico jurídico, ya elaborado por el Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Lleida, profesor Albert Galinsoga Jordà. A pesar de ello, la sala de lo penal de la Audiencia Nacional entiende que:

Las diligencias admitidas y pendientes de practicarse se revelan innecesarias en virtud del Auto firme dimanante de la Sección 2.<sup>a</sup> que ha revocado el procesamiento de los tres militares vinculados al carro blindado que lanzó el proyectil dirigido al Hotel Palestina y que segó la vida del camarógrafo Sr. Couso Permuy. [...] Aunque se trate de diligencias admitidas las reiteradas (exceptuando el informe del catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Lleida A.G.J., que se propone ex novo), resultan irrelevantes en función del Auto, cuya revocación deviene imposible por ministerio de la ley [...] resultando hábil procesalmente ordenar solo en su caso la practica de diligencias de instrucción, para en su caso, volver a proceder.

El razonamiento anterior incide en la irrelevancia de las pruebas pendientes de practicar no tanto por su resultado jurídico sino únicamente por ser firme el Auto de la sección II de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 14 de julio, por el que se deja sin efecto los procesamientos acordados por el instructor en cumplimiento

de lo previsto en el artículo 384 LECrim y le ordena “acordar la inmediata conclusión del sumario”.

Lo anterior es contrario a derecho y difiere de la práctica seguida habitualmente por los juzgados y tribunales penales, al valorar los indicios racionales de criminalidad concurrentes de forma totalmente extemporánea y sustrayendo dicha valoración a la fase plenaria del proceso penal, lo que de generalizarse, significaría la imposibilidad de procesar en multitud de situaciones que son sometidas a diario a los tribunales penales, sustituyendo la normal valoración a realizar en este momento sobre la racionalidad y razonabilidad de los indicios existentes, así como de los elementos constitutivos del tipo penal imputado, especialmente de los subjetivos, por parámetros de valoración propios de una sentencia, dictada tras la celebración del juicio oral.

Nuevamente la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional omite toda referencia a aquellos elementos que pudieran respaldar, provisionalmente y a efectos meramente indiciarios, la responsabilidad penal de militares de Estados Unidos acusados del crimen que ocasionó la muerte de José Couso. De esta forma, estamos ante un pronunciamiento prematuro al establecerse que los hechos consignados por el instructor no son constitutivos de delito alguno, como si concurriera una absoluta carencia de indicios, cuando para proseguir el proceso, conforme a constante doctrina, le hubiera bastado con admitir la probabilidad de que lo fueran.

Mas que probablemente, el elemento intencional del tipo imputado por el instructor a los militares de Estados Unidos imputados (artículo 611.1 del Código Penal), el dolo específico de la acción —realizar ataques indiscriminados o excesivos, o perpetrar ataques o actos de violencia con la intencionalidad de aterrorizar a la población civil— se acredita claramente —o al menos indiciariamente— a la vista de las declaraciones a la prensa norteamericana de la observadora privilegiada y protagonista de la operación militar, que es la exsargento del Ejército de Estados Unidos Adrienne Kinne.

Son sobrados los indicios que aparecen en las actuaciones acreditando la participación de los militares imputados en los hechos delictivos denunciados, así como la acreditación del dolo contenido en su acción. Se trata de un dolo específico, referido a una acción dirigida contra las personas concretas de los periodistas que se conoce se alojan, por indicación del Pentágono, en el Hotel Palestina. Y efectivamente podemos hablar de un dolo eventual toda vez que aunque el sujeto activo del delito no desee el resultado que su acción va a producir, es consciente de que su acción puede causar dicho resultado o bien es indiferente al mismo.

Todo lo anterior podría ser cuestionado por la Sala de lo Penal, como de hecho lo ha sido mediante los autos de mayo de 2008 y julio de 2009, apelando a lo establecido en el artículo 2 de la LECrim respecto a la valoración de las circunstancias favorables a los acusados, olvidando sin embargo que la misma regla hermenéutica debe ser aplicada, por imperativo de la misma norma contenida en el citado artículo 2 de la LECrim, a aquello que fuera adverso para los reos.

No olvidemos que nuestro Tribunal Supremo (Sala II de lo Penal), en sentencia de 11 de diciembre de 2006, ya había manifestado respecto al mismo caso Couso cuando hubo de pronunciarse a consecuencia de la impugnación de la jurisdicción de los tribunales españoles realizada por el Ministerio Fiscal, quien desde el inicio de la causa



alegó la inexistencia de jurisdicción por los tribunales penales españoles para juzgar estos hechos al haber sido cometidos fuera de España:

finalmente, parece oportuno destacar también que la presente resolución, como es obvio, no hace ninguna valoración jurídica sobre los hechos denunciados más allá del necesario reconocimiento provisionalísimo de que los mismos podrían constituir los delitos que, por las razones expuestas, justifican la intervención de los órganos jurisdiccionales españoles competentes en la materia; pues corresponde a la fase de instrucción procesal allegar los elementos de juicio necesarios para posibilitar la ulterior calificación jurídica de tales hechos<sup>8</sup>.

Sin duda, el impedir continuar la instrucción y así allegar los elementos de juicio necesario para posibilitar la posterior calificación jurídica de tales hechos en la fase plenaria, vulnera el artículo 24.1 y 2 de la Constitución española, que ampara el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, en sus vertientes de acceso a un proceso público, a la defensa, a la contradicción, a la prueba, a la congruencia interna y a los recursos previstos por la Ley, siendo el resultado procesal de las resoluciones judiciales que han motivado el cierre de la instrucción del caso Couso, generar una situación de impunidad que provoca absoluta indefensión a los intereses generales y a los de la familia del camarógrafo asesinado, equivaliendo por tanto a una sentencia absolutoria anticipada y firme.

En lo relativo a la vulneración del derecho a la tutela Judicial efectiva regulado en el artículo 24.1 de la Constitución española en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho y de derecho de acceso a la jurisdicción, ambas vertientes citadas del derecho recogido en el artículo 24.1 de la Constitución española, si bien poseen su propio campo de aplicación, han de ser enfocadas de modo conjunto en el presente caso, y ello porque por medio de una decisión no suficientemente fundada en derecho, se priva a los recurrentes del derecho de acceso al proceso en su fase de instrucción y posterior plenaria.

El derecho de acceso a la jurisdicción, constituye “la sustancia medular”<sup>9</sup>, el “contenido propio y primario”<sup>10</sup>, del derecho a la tutela judicial efectiva, e imprime, junto a los cánones comunes al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de obtención de una resolución fundada en derecho, con motivación suficiente y ausencia de arbitrariedad, de irrazonabilidad manifiesta y de error patente, una exigencia ulterior y potencialmente más intensa de proporcionalidad, derivada del principio *pro actione*. Así, el Tribunal Constitucional viene manteniendo, desde la sentencia del Tribunal Constitucional 35/1995, de 7 de febrero, que el control constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos del citado principio *pro actio-*

---

<sup>8</sup> Tribunal Supremo (2006): Sala II de lo Penal, sentencia de 11 de diciembre de 2006.

<sup>9</sup> Tribunal Constitucional (1995): Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1995, 5 de febrero de 2005 (FJ quinto).

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional (2005): Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2005, 23 de mayo de 2005 (FJ segundo).



ne<sup>11</sup>. Principio “de obligada observancia por los Jueces y Tribunales que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para continuar el proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida”<sup>12</sup>.

Si bien el principio *pro actione* no puede entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la resolución del problema de fondo, de entre todas las posibles de las normas que la regulan, por el contrario el deber que este principio impone consiste únicamente en obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales de forma proporcionada, “impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen desproporcionadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida”<sup>13</sup>.

A los efectos de una cabal comprensión del alcance e incardinación del citado principio *pro actione* bajo la esfera protectora del artículo 24.1 de la Constitución española no resulta impropio recalcar el carácter más incisivo que posee el canon del acceso al proceso, en el sentido de que interpretaciones judiciales de la legalidad procesal que satisfagan el test de razonabilidad, y de las que incluso fuera predicable “su corrección desde una perspectiva teórica”, pueden conllevar una “denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable”<sup>14</sup> y vulnerar, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva en la citada vertiente.

La reciente modificación del artículo 23.4 de la LOPJ en nada debería haber afectado al procedimiento seguido respecto al caso Couso, al tratarse precisamente en el mismo de dilucidar las responsabilidades penales de aquellos que han ocasionado la muerte a un ciudadano español. No cabe por tanto que siendo pacífico el anterior supuesto, de facto se impida el ejercicio de la jurisdicción negando el derecho a la continuación de un procedimiento en el que se han practicado complejas pruebas —debido esencialmente a la falta de colaboración de los acusados y su Gobierno— y quedando por practicar otras varias, algunas de evidente trascendencia —la declaración de un sargento del Ejército de Estados Unidos que participó en la operación de inteligencia simultánea al ataque al Hotel Palestina— que no están exentas de complejidad en la medida en que no es sencillo obtener la declaración de un miembro del mismo Ejército al que pertenecen los acusados.

---

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional: Sentencias del Tribunal Constitucional 203/2004, de 16 de noviembre de 2004 (FJ segundo); 44/2005, de 28 de febrero de 2005 (FJ tercero); 133/2005, de 23 de mayo de 2005 (FJ segundo), entre otras muchas.

<sup>12</sup> Tribunal Constitucional: Sentencias del Tribunal Constitucional 133/2005, de 23 de mayo de 2005 (FJ segundo); 168/2003, de 29 de septiembre de 2003 (FJ segundo).

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional (1999): sentencia del Tribunal Constitucional 122/1999, de 28 de junio de 1999 (FJ segundo).

<sup>14</sup> Tribunal Constitucional (1999): sentencia del Tribunal Constitucional 157/1999, de 14 de septiembre de 1999 (FJ tercero).

# Razones de Estado y proceso justo

JUAN FRANCISCO THOMAS MULET

Abogado

Decano del Iltr. Colegio de Doctores y

Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología de las Illes Balears

SUMARIO: I. Introducción. II. Una situación anómala y sus protagonistas estelares. III. Un proceso justo y equitativo: 1. El triste papel del fiscal; 2. La Autoridad Central y adláteres. IV. Breve conclusión a propósito de la reforma legislativa que mengua la jurisdiccional universal.

## I. Introducción

El proceso incoado por el Juzgado Central de Instrucción número uno de la Audiencia Nacional (DP 99/2003 y sumario 27/2007) al admitirse a trámite la querella formulada por la representación legal de la familia de José Couso (a las que se adhirieron luego la Asociación Libre de Abogados y la Asociación de Camarógrafos de Televisión) con el propósito de investigar penalmente circunstancias y presuntos responsables de su muerte en Iraq (la sección I de lo Penal de la Audiencia Nacional desestimó la apelación interpuesta por el Ministerio Fiscal solicitando el archivo del auto de incoación, octubre 2003) no ha resultado pacífico nunca.

Desde que se inició este hasta el día de hoy (agosto 2010) las divergencias o controversias judiciales, legales, doctrinales y procesales que se han devengado entre los distintos órganos jurisdiccionales actuantes (Juzgado Central instructor, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y la Sala II del Tribunal Supremo) y entre las partes personadas (Ministerio Fiscal y las acusaciones particular y popular) han sido constantes y reiteradas.

Las posturas del Tribunal Supremo<sup>1</sup>, del Juzgado Central y de ambas acusaciones han colisionado frontalmente con las del Ministerio Fiscal y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En resumen, y con carácter provisional por razones jurídicas obvias, la primera sostiene, en primer lugar, que de las diligencias instruidas durante la tramitación de la causa se han deducido suficientes indicios racionales de criminalidad tipificados en los delitos contra la comunidad internacional (artículo 611.1 del Código Penal en relación con el 608.3 del Código Penal y 147 cuarto Convenio de Ginebra) y de asesinato alevoso (artículo 139 del Código Penal) cuyos presuntos autores serían los miembros de las Fuerzas Armadas estadounidenses sargento Thomas Gibson, capitán Philip Wolford y teniente coronel Philip de Camp contra quienes se dictaron sendos autos de medida cautelar de busca, captura y detención a efectos de extradición (auto de 19 de octubre de 2005) y de procesamiento (auto de 27 de abril de 2007), y en segundo lugar que la jurisdicción penal española resulta plenamente aplicable y competente para el enjuiciamiento de los hechos en virtud del principio de jurisdicción universal (artículo 23.4 de la LOPJ) que no tiene más limitación que la cosa juzgada, existiendo además el punto de conexión legitimante de la ciudadanía española en una de las víctimas (José Couso) y el sostén jurisprudencial del Tribunal Supremo (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, FJ octavo, caso Guatemala) y del Tribunal Constitucional (sentencia del Tribunal Supremo 237/2005, FJ tercero).

Mientras que la segunda postura (preconizada por el Ministerio Fiscal y adoptada a su instancia por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) niegan la mayor respecto a ambos extremos reseñados antes considerando la Sala de la Audiencia Nacional que los hechos son penalmente atípicos por ausencia de dolo, existiendo error involuntario (alegación planteada por el Ministerio Fiscal en el recurso de reforma y subsidiario de apelación interpuesto con el auto de 27 de abril de 2007 del Juzgado Central número 1), careciendo de jurisdicción los órganos jurisdiccionales españoles y debiendo dictar el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones<sup>2</sup>.

Así pues nos hallamos ante un foro en plena ebullición. ¿Pero nada más? No, porque más allá de esa intensísima conflictividad jurisdiccional mencionada también se ha podido percibir a lo largo del proceso una inusual actividad de otros órganos estatales no jurisdiccionales actuando de forma subyacente al plano procesal e infringiendo (o pretendiéndolo) sobre el procedimiento, concurriendo simultáneamente.

Si realmente aspiramos a analizar con el rigor necesario la causa en su contexto jurídico general, no podemos prescindir de ello; sobre todo porque de esas actuaciones (en ocasiones notorias y explícitas y otras subterráneas) se podrían desprender apariencias de anormalidad en el proceso derivándose de ello una vulneración del derecho

---

<sup>1</sup> Tribunal Supremo (2010): sentencia del Tribunal Supremo, Sala II, 11 de diciembre de 2006 y 13 de julio de 2010.

<sup>2</sup> A este respecto, cfr. los análisis jurídicos efectuados por Ana Isabel Pérez Cepeda (2005): "Crímenes de guerra. Especial referencia al Caso Couso". *Revista Penal*, 15: 130 y ss.; José Manuel Sánchez Patrón (2007): "La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el Caso Couso". *Revista Electrónica de Estudios internacionales*: 1 y ss.; Héctor Olásolo Alonso (2007): "Análisis del Caso Couso a la luz del Estatuto de Roma". *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, diciembre 2007: 67 y ss.

fundamental al proceso justo y equitativo con todas las garantías que los artículos 24.2 de la Constitución española y 6.1 del CEDH establecen e imponen para su efectivo cumplimiento a todos los poderes públicos españoles, generándose un innegable perjuicio para los derechos de las víctimas (artículo 24.1 de la Constitución española).

La hipótesis de que determinados comportamientos (expresos o tácitos, por omisión o por inacción) de ciertos órganos estatales no jurisdiccionales españoles (poder ejecutivo) que, en colaboración con sus homólogos estadounidenses, pudieran haber interferido en los anteriores fracasos de las comisiones rogatorias remitidas a las autoridades de los Estados Unidos, en el marco del vigente Tratado Bilateral de Asistencia Judicial en Materia Penal suscrito entre ambos Estados el 20 de noviembre de 1990 (Boletín Oficial del Estado de 17 de junio de 1993), impidiendo, retrasando u obstruyendo las reiteradas peticiones judiciales cursadas a tal fin (providencia de 19 de octubre de 2005) podría suponer incluso la existencia de una vulneración del ordenamiento jurídico en una doble perspectiva, tanto en el ámbito de la legislación ordinaria (pudiéndose deducir infracciones administrativas o penales de sus responsables) como en la esfera constitucional (distinta a la citada en el párrafo anterior), porque los señalados comportamientos habrían provocado una “inconstitucional invasión gubernamental de facultades” que les están atribuidas exclusivamente, con rango imperativo, al poder judicial<sup>3</sup>.

¿Dialéctica entre legitimidades gubernamentales y judiciales? ¿Conflicto de intereses estatales? Así pareció advertirlo ya el Tribunal Supremo cuando declaró que la intervención de la Justicia española podía plantear indudables conflictos desde el punto de vista de las relaciones internacionales del Estado español, competencia propia del Gobierno de la Nación (artículo 97 de la Constitución española), materia, por tanto, ajena a la función jurisdiccional pero que, sin duda, los Tribunales no podían desconocer de modo absoluto (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala II, 11 de diciembre de 2006, FJ octavo).

Sin embargo, y pese a este sutil comentario del Alto Tribunal, precisamente por hallarnos en el contexto de un sistema judicial propio de un Estado democrático y de derecho con división de poderes (preámbulo y artículo 1.1 de la Constitución española), esa cuestión también tenía preparada su respuesta constitucional en virtud del obligado acatamiento de las resoluciones jurisdiccionales y el deber de la colaboración requerida en el proceso de los poderes públicos (artículo 117.1 de la Constitución española)<sup>4</sup> aunque, en este particular caso, nuestra personal opinión es que, en cambio, en el saco de los intereses gubernamentales pesó más la necesidad de restablecer la sintonía de las relaciones bilaterales entre ambos Estados (resquebrajadas a raíz de la retirada unilateral española de sus tropas en Iraq), una presunta razón de Estado, que las consideraciones legales y la tutela debida a las víctimas.

Surgen entonces los interrogantes: ¿Presuntas razones de Estado pueden avalar ingerencias o intromisiones, con fines predeterminados, de personas que encarnan la condición de órganos del Estado, en un proceso judicial que está sometido únicamen-

---

<sup>3</sup> Cfr. Enrique Gimbernat Ordeig (1999): *Ensayos Penales*, Madrid: Editorial Tecnos: 183-185.

<sup>4</sup> Cfr. Luciano Valera Castro (1991): “¿Secreto de Estado o secreto contra el Estado?”. *Jueces para la Democracia*, 13: 63.

te al imperio de la Ley? ¿Existen límites a los derechos fundamentales que tutelan el juicio justo? ¿Existen otros intereses que tengan relevancia constitucional? ¿Y qué pasa si realmente se ha producido una denegación omisiva del deber de auxilio a la cooperación internacional y una obstrucción a la Justicia?

Una serie de interrogantes que exigen contestación a la luz del caso.

## II. Una situación anómala y sus protagonistas estelares

Con el objeto de evitar cualquier atisbo de consideración ajena a los criterios estrictamente jurídicos, la mejor opción consistirá en usar reglas lógicas y legítimas, situando correlativamente los antecedentes de hechos, la fundamentación en derecho y finalmente la motivación del parecer del autor. A continuación se describen dichos antecedentes de hechos.

El Juzgado Central número 1 cursó solicitud de auxilio judicial internacional (21 de abril de 2004) mediante el correspondiente cauce convencional, esto es, a través de las autoridades centrales del citado Tratado de Asistencia Jurídica en Materia Penal que son respectivamente el ministro de Justicia del Gobierno español y el fiscal general de Estados Unidos sin conseguir ningún éxito debiéndose reiterar dicha petición (6 de junio de 2005) con el mismo y nulo resultado: el silencio más absoluto.

Ante esta flagrante actitud incumplidora del tratado el Juzgado Central no tuvo mas remedio legal que proceder a dictar el auto de 19 de octubre de 2005 ordenando la medida cautelar de busca, captura y detención a efectos extradicionales de los reseñados militares estadounidenses imputados; recordándose, en esta resolución judicial, que se había garantizado jurisdiccionalmente el derecho de defensa de aquellos, incluso con desplazamiento de la comisión judicial hasta los Estados Unidos, sin haber recibido tampoco ninguna respuesta de las autoridades receptoras respecto a la petición de remisión de testimonio sobre las actuaciones que aquellas hubieran iniciado para la investigación de los hechos en vías militares, penales, administrativas o disciplinarias.

A renglón seguido (semanas después) la familia Couso tiene conocimiento (por publicación en la Ley, de 3 de noviembre de 2005) de que el fiscal general del Estado y miembros destacados de la fiscalía en la Audiencia Nacional (su fiscal jefe, Fungairiño, y los fiscales Jesús Santos y Pedro Rubira) se habían trasladado a Estados Unidos y que allí se habían reunido con sus homólogos en el marco del seguimiento del Tratado de Asistencia Mutua en Materia Judicial, no sin antes haber recurrido en apelación el precitado auto de 19 de octubre de 2005 ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por la desestimación de su recurso de reforma (Juzgado Central número 1, el 28 de octubre de 2005).

El 14 de noviembre de 2005<sup>5</sup> la madre y hermano de la víctima, José Couso, registran en la Fiscalía General del Estado escrito reiterando la solicitud cursada antes (31 de octubre de 2005) de entrevista personal con el fiscal general e información sobre

---

<sup>5</sup> Cfr. "José Couso, crimen de guerra. Hermanos, Amigos y Compañeros": 158, en línea en [www.josecouso.info](http://www.josecouso.info) [citado 27 may 12].

sus gestiones en cumplimiento de su deber en virtud de la función que les correspondía, según el artículo 3.15 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal respecto a promover el auxilio judicial internacional del procedimiento<sup>6</sup>.

En providencia notificada el 17 de febrero de 2006 el juez central instructor Pedraz, pidió al ministerio de Justicia que reclamara al Departamento de Justicia de Estados Unidos una explicación del porqué las comisiones rogatorias instadas por él no se habían satisfecho, denegándose de facto la cooperación judicial sin haberse expresado ninguna de las causas válidas para limitar la asistencia, conforme establece el artículo 3 del Tratado Bilateral de Asistencia Judicial Mutua<sup>7</sup>.

Esta vez, curiosamente, tras el referido dictado (aunque con el ostensible retraso injustificado de nueve meses respecto a la segunda comisión rogatoria remitida) el departamento de Justicia de Estados Unidos contesta a su manera (sin aportar las “averiguaciones” solicitadas judicialmente), informando al Juzgado Central que rechaza la petición del interrogatorio de los militares imputados así como la competencia de la jurisdicción penal española, alegando equivocación en el sentido de que el disparo efectuado no había sido indiscriminado porque fue dirigido contra un (supuesto) objetivo militar concreto, y que la acción tampoco había sido excesiva sino proporcional y limitado a un mero ejercicio de autodefensa.

Justo un mes después (16 de marzo de 2006) la sección II de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional estimó el recurso de apelación de la Fiscalía con la resolución del 19 de octubre de 2005 (cuyas alegaciones coincidían casi milimétricamente con las invocadas por el departamento de Justicia de Estados Unidos) declarando falta de jurisdicción española, revocando y dejando sin efecto las medidas cautelares de busca, captura y detención a efectos de extradición de los militares estadounidenses imputados y decretando el archivo de las actuaciones.

Sin concederse ni un solo instante de respiro, el mismo día, el fiscal general del Estado (Conde-Pumpido), aprovechando su presencia en un acto público mediático, declaraba que había dirigido una carta a Aguirre (embajador de Estados Unidos ante el Reino de España) agradeciendo al Departamento de Justicia de Estados Unidos haber respondido (que se hubiera dignado, diríamos) a la petición de auxilio judicial “proveniente de un país amigo”, resaltando que eso constituía un hecho “novedoso” pues nunca se suele responder a este tipo de solicitudes ni tramitar la clase de diligencias solicitadas por el juez, mostrando su satisfacción por la decisión de la Audiencia Nacional de declarar la incompetencia jurisdiccional sobre “esa acción de guerra”<sup>8</sup>.

La Sala II del Tribunal Supremo dicta sentencia, de 11 de diciembre de 2006, estimando los recursos de casación interpuestos por las acusaciones particulares y popular y anulando en todos sus términos el precitado auto del 16 de marzo de 2006 de la

---

<sup>6</sup> Ley 50/1981, de 30 de diciembre de 1981, reformada por Ley 24/2007, de 09 de octubre de 2007 (Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 2007).

<sup>7</sup> Tratado Bilateral de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal entre Estados Unidos y España (20 de noviembre de 1990, Boletín Oficial del Estado de 17 de junio de 1993) e Instrumento contemplado por el artículo 3(2) del Acuerdo de Asistencia Judicial entre Estados Unidos y la UE firmado el 25 de junio de 2003 sobre la aplicación del tratado precitado.

<sup>8</sup> Europa Press, cfr. “José Couso, crimen de guerra. Hermanos, Amigos y Compañeros”: 186 (www.josecouso.info).

Audiencia Nacional (que tan desmesurada alegría le había producido al fiscal general del Estado), confirmando, en cambio, la validez de la jurisdicción española para el enjuiciamiento criminal de los hechos, avalando todos los pronunciamientos del juez instructor y ordenando la continuación de la tramitación de la causa.

Debido a ello, la familia Couso solicita entrevista con el ministro de Justicia (López Aguilar), concedida el 5 de febrero de 2007, a quien se le plantea la posibilidad de que el Gobierno denuncie el Convenio de cooperación (artículo 22) por el reiterado incumplimiento norteamericano del mismo, además de instarle para que el Gobierno facilitara la investigación judicial en curso<sup>9</sup>.

El 27 de abril de 2007 el juez Pedraz dicta auto de procesamiento contra los militares estadounidenses Gibson, Wolford y de Camp sobre la base de unos fundamentos jurídicos en los que deduce la existencia de indicios racionales de autoría criminal por los artículos del Código Penal 608.3, 611.1 (delitos contra la comunidad internacional) y 139 (asesinato con alevosía) desprendidos de los hechos obrantes en la causa: que el Hotel Palestina constituía zona civil perfectamente identificada y en absoluto un objetivo militar, la inexistencia de “francotirador” o de disparos provenientes del hotel y efectuados contra las tropas de Estados Unidos, la coincidencia con los ataques a las sedes de las cadenas televisivas Al-Yazira y Abu Dabi TV, las múltiples declaraciones de testimonios directos (periodistas alojados en dicho hotel) e incluso las propias declaraciones de los imputados ofrecidas en medios de comunicación junto con el “informe” del Centcom norteamericano (defensa propia acorde a las reglas de combate) que no resultaba creíble.

Contra dicho auto el Ministerio Fiscal vuelve a interponer recurso de reforma y subsidiario de apelación (11 de mayo de 2007) que es rotundamente desestimado por el juez instructor en su auto de 24 de mayo de 2007. Una resolución tremendamente reveladora y sintomática porque no solo le sirve para destapar las vergüenzas de las carencias jurídicas del fiscal, sino también para desvelar sus palmarias contradicciones procesales (su consentimiento al acuerdo de prisión provisional y a la transformación de diligencias previas a sumario para acto seguido, sin haberse practicado ninguna diligencia, pedir el archivo, FJ primero), deslizándose este clarísimamente por la pendiente de la deslealtad y mala fe procesal y del abuso de derecho (criterio propio) al basar el recurso en ese “informe” (una especie de resumen de hechos y conclusiones, a modo de “contraindicio” para intentar desvirtuar aquellos), usando manifestaciones “que no constan en la causa, ni señala de dónde las obtiene” (recordando la premisa de que “lo que no consta en la causa, no existe”, FJ tercero) y concluyendo en que no se podía utilizar “la ausencia de personación en la causa de los procesados como falta indiciaria de elementos que justifiquen el procesamiento, ya que se estaría haciendo depender el objeto del proceso penal de los propios autores”.

Más adelante veremos cómo otros magistrados pertenecientes a la propia Audiencia Nacional (voto particular efectuado por la magistrada Clara Bayarri al auto de 23 de octubre de 2009, sección III de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) coinciden puntualmente sobre estos particulares extremos. A saber, que las tesis del

---

<sup>9</sup> Cfr. “José Couso, crimen de guerra. Hermanos, Amigos y Compañeros”: 258 ([www.josecouso.info](http://www.josecouso.info)).



Ministerio Fiscal (reiteradas en sus recursos de 11 de mayo de 2007 y mayo 2009) se sustentan en la existencia de un “error”, ni siquiera invocado por quien lo sufrió, (el “propio sujeto”) efectuándose las alegaciones sobre la base de unas “declaraciones periodísticas” (inexistentes en la causa) dado que las personas que en los autos de 27 de abril de 2007 y 21 de mayo de 2009 fueron procesados “nunca han prestado declaración ni se han practicado otras diligencias en aclaración de ello” pues “a ello se han negado las autoridades norteamericanas” (auto de procesamiento de 21 de mayo de 2009, FJ quinto).

Precisamente por esto los allegados a la víctima han llegado a considerar que las actuaciones de la Fiscalía, sus trabas, sus recursos infundados, obedecían directamente a los deseos del Gobierno de allanar unas relaciones bilaterales enrarecidas entonces o si existían otros motivos para que el Ministerio Fiscal hiciera tal dejación de sus funciones, pretendiendo una total impunidad y vulnerando el ministro de Justicia los compromisos adquiridos antes; recordando, a estos efectos, la cercanía entre la actuación del Ministerio Fiscal y la próxima visita de la secretaria de Estado de Estados Unidos Condoleezza Rice, a España donde debía reunirse con miembros del Gobierno<sup>10</sup>.

La sección II de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional revocó (13 de mayo de 2008) el auto de procesamiento de los imputados (27 de abril de 2007) por no estar todavía concluida la instrucción, otorgándose al instructor amplio albedrío para que decidiera los pasos a seguir, optando este por ordenar nuevas diligencias probatorias convocando peritos y testigos, incorporando documental y librando comisión rogatoria a Iraq con el propósito de efectuar un reconocimiento judicial *in situ* y una reconstrucción de los hechos.

Tras cumplimentarse estas diligencias (con la única excepción de la última consignada) dictó nuevo auto de procesamiento (de 21 de mayo de 2009) más completo y fundado que el anterior (porque valora la práctica de estas nuevas diligencias) donde además de reiterar sus criterios jurídicos ahonda en la crítica de determinados aspectos alegados por el fiscal; principalmente en relación con el genuino “informe” del Centcom norteamericano que descalifica a fondo, considerando que no se trataba siquiera de un documento oficial ni respondía a los cánones mínimamente exigibles en un Estado de derecho, ni satisfacía tampoco —desde la perspectiva constitucional— a las exigencias derivadas de la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva por una justicia independiente e imparcial (FJ quinto), concluyendo que las autoridades estadounidenses siempre le había negado las aclaraciones —del informe— requeridas jurisdiccionalmente.

Para marear más si cabe; la perdiz procesal, el reseñado auto de procesamiento (el segundo) también fue revocado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (sección II, auto de 14 de julio de 2009, dejándolo sin efecto y ordenando la inmediata conclusión del sumario no sin observar al juez instructor que lo hacía por mandato superior pues no se daba el supuesto del artículo 622 LEcrim.) y luego (sección III, auto de 23 de octubre de 2009) se archiva la causa; todo merced a sendos recursos de apelación interpuestos del Ministerio Fiscal aunque lo realmente curioso —y hasta

---

<sup>10</sup> Cfr. “José Couso, crimen de guerra. Hermanos, Amigos y Compañeros”: 285 ([www.josecouso.info](http://www.josecouso.info) 285).

estrambótico— del tema, es que la Sala acordó el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, tal y como pedían subsidiariamente las acusaciones en sus escritos de impugnación (pues la petición principal, como resulta lógico, consistía en la revocación del auto por no haberse practicado ninguna de las diligencias de prueba admitidas judicialmente, habiéndose vulnerado la tutela judicial efectiva), pensando en su futuro recurso de casación, en contra de la pretensión del fiscal quien rogaba, en cambio, el sobreseimiento provisional.

Esas secciones de lo Penal referidas consideraban, en resumen, innecesarias las diligencias admitidas y pendientes de práctica porque hacían suyas las conclusiones del Mando Militar americano apoyando la información de la jerarquía militar, excluyendo el dolo específico, justificando el ataque en clave defensiva y aceptando las explicaciones (error visual) ofrecidas por el procesado capitán Wolford (quien precisamente se hallaba en busca y captura) en medios informativos extranjeros.

Una postura (la del archivo), como subraya la magistrada Clara Bayarri (en el voto particular reseñado antes), sustentada en gran medida, sobre la tesis de la credibilidad de la hipótesis de la existencia de un error (comentado en el apartado anterior) y que difiere del criterio establecido por el Tribunal Supremo (Sala II, de 11 de diciembre de 2006) que se desatiende totalmente al no haberse practicado las diligencias de investigación acordadas, previo a la conclusión del sumario que no puede darse en ningún caso, ni siquiera de forma provisional, sin tomarles declaración a los imputados, acordando su detención internacional si no fuera posible la práctica de dicha diligencia por algún tipo de “obstruccionismo” en el procedimiento.

La segunda sentencia del Tribunal Supremo (Sala II, de 13 de julio de 2010) vuelve a poner los puntos sobre las íes, situando el proceso en su lugar natural. Es decir, el de la legalidad sin tapujos. Sin trampas ni cartón.

La resolución, prolija y extensa, estima los recursos de casación de todas las acusaciones personadas declarando que el auto recurrido carecía de motivación, vulneraba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, incurría en arbitrariedad, omitía la valoración de la prueba practicada (ignorando la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo), denegaba injustificadamente la práctica de pruebas revelantes que podían tener influencia decisiva en la resolución del pleito, violaba el derecho de defensa con resultado de indefensión material, infringía el principio de legalidad (artículos 138, 608.3 y 611.1 del Código Penal) en concurso que la infracción de normas del Derecho Internacional humanitario (cuarto Convenio de Ginebra) resaltaba, que la participación en la muerte de Couso de los procesados estaba incluso admitida por diversos documentos extraprocesales conducidos al procedimiento por las autoridades estadounidenses, que la relación de causalidad y posible dolo eventual debía determinarse en la fase del juicio oral y que no cabía aplicar la figura del “error” sin prueba, ni invocarlo utilizando vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico y de todo el mundo conocidas, vulnerando el principio de contradicción y el de igualdad de armas.

¿Quién da más? Una auténtica clase magistral de derecho ofrecida por los magistrados del Tribunal Supremo dejando sentado su autorizada opinión, su doctrina, y consumando, de paso, un verdadero varapalo judicial al Ministerio Fiscal (verificando sus ¿deslices? ¿errores? jurídicos) y a los órganos jurisdiccionales recurridos; por ex-

tensión, también a los órganos no jurisdiccionales (del poder ejecutivo) que hubieran podido alentar, colaborar o permitir esas actuaciones *contra legem*, usando vías “desautorizadas por el ordenamiento jurídico”.

### III. Un proceso justo y equitativo

Son precisamente los poderes públicos del Estado quienes, por imperativo legal, deben garantizar, en todas sus actuaciones, la efectiva aplicación del ordenamiento jurídico, extendida asimismo a las obligaciones internacionales derivadas de los tratados, acuerdos o convenciones internacionales en las que España sea parte ratificante (artículo 96.1 CE).

A partir de esta elemental y básica premisa veamos, en el caso de autos, cual ha sido la naturaleza de la actuación de los órganos públicos vinculados al mismo.

#### 1. El triste papel del fiscal

Para que el procedimiento pudiera configurarse como un verdadero *tiouvivo* de vaivenes procesales (a río revuelto ganancia de pescadores), una vez admitida la querella a trámite por el Juzgado Central y dispuestas las diligencias, tal y como hemos ilustrado anteriormente, resultaba imprescindible que el Ministerio Fiscal, en el proceso, decidiera protagonizar un papel estelar en el mismo poniendo en marcha los mecanismos y resortes previstos en las leyes de enjuiciamiento; lo que, en su caso, implicaba actuar además de acuerdo con la misión constitucional encomendada por el artículo 124.1 de la Constitución española de “promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley” (reiterado en el artículo 1 de la Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal [EOMF]) para que fuera “efectiva la vigencia de los valores constitucionales comprometidos en todo proceso jurisdiccional” (exposición de motivos del anteproyecto de la Ley de modificación de la ley orgánica 51/1981).

Una prevención que a la hora de la verdad procesal resultó totalmente ilusoria, comprobados los posicionamientos efectuados por el fiscal durante las fases de instrucción y de procedimiento abreviado y que poco —o nada— tuvieron que ver con esos predicamentos legales y constitucionales señalados; muy al contrario, al inclinarse por una actitud antagónica a estos preceptos fundamentales en concordancia con las públicas manifestaciones efectuadas por el fiscal general del Estado y los privados incumplimientos del ministro de Justicia, siendo perfectamente factible o verosímil que el fiscal actuante se limitara a cumplir exclusivamente las instrucciones de su jerarquía (artículo 2.1 del EOMF) y que, a su través, también siguiera las instrucciones gubernativas (artículo 8.1 del EOMF) fruto de presiones diplomáticas sufridas y en línea con el propósito del Estado nacional de los imputados (Estados Unidos) de negar la jurisdicción española y el enjuiciamiento de sus militares, socavando así puntualmente el quehacer del órgano instructor mediante, en primera instancia, la actuación del fis-

cal español adscrito a la Audiencia Nacional. Un círculo sin sentido o una deslealtad a la propia soberanía nacional y a su ordenamiento jurídico.

Si rastreamos mínimamente los antecedentes de hechos transcritos antes se puede observar fácilmente cómo el fiscal, en infinidad de ocasiones, rehusó abrigar la protección de los principios y preceptos constitucionales en el proceso (lo que ha acreditado certeramente el Tribunal Supremo en su sentencia del 13 de julio de 2010) dejando de lado, haciendo caso omiso, su misión de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad” (artículo 1 del EOMF); así como de algunas de sus funciones orgánicas (artículo 3 del EOMF), que informan de su deber legal, al oponerse a “la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos” (artículo 3.5 del EOMF) y no promoviendo o, en su caso, no prestando “el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados o convenios internacionales” (artículo 3.15 del EOMF), vulnerando además el principio de legalidad al no atenerse en su actuación “a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente” (artículo 6 del EOMF), confundiendo por último el sentido nuclear del principio de imparcialidad fiscal con un acogimiento parcial y subjetivo del tenor literal de la última expresión de la norma (“en defensa de los intereses que le estén encomendados”, artículo 7 del EOMF), exhibiendo la conocida dialéctica entre intereses generales-derechos fundamentales *versus* intereses gubernamentales (que puede no coincidir con los intereses generales).

Los intentos del Estado nacional de los procesados, secundado por el Ministerio Fiscal, de eludir el fiel cumplimiento del tratado bilateral de cooperación judicial en materia penal mediante sus incompletas explicaciones y las fallidas comisiones rogatorias han topado, sin embargo, con la jurisdicción (tal y como lo ha motivado el juez instructor, sobretodo en su segundo auto de procesamiento, FJ quinto) y con el ordenamiento jurídico; incumpléndose el artículo 3 del tratado (“límites de la asistencia”) por tratarse de un supuesto de crimen internacional donde prima, como principio rector, derivado del carácter de *ius cogens*: de las normas que establecen las obligaciones violadas por estos crímenes, la obligación *erga omnes* de cooperación para todos los Estados, derivado del Derecho Internacional<sup>11</sup> y enfatizada en la Resolución 3074 (XXVIII) de la AG de las Naciones Unidas (3 de diciembre de 1973) que elaboró los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, en cuyo artículo 1 establece: “Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cuando quiera que sea la fecha en que se haya cometido, serán objeto de investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes, serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, caso de ser declaradas culpables, castigadas”<sup>12</sup>.

Derecho Internacional público que impide a la parte contratante invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado que esté en vigor, obligado su cumplimiento en virtud de los principios de la buena fe y

---

<sup>11</sup> Cfr. Manuel Ollé Sesé (2008): *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, Madrid: La Ley: 325.

<sup>12</sup> *Op. cit.* Ollé Sesé (2008): 327.

*pacta sunt servanda* (tomado como regla general), conforme quedó establecido en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (CVDT)<sup>13</sup>.

Referencias legales y jurídicas que imponen unas determinadas obligaciones para los poderes públicos del Estado español que, caso instarse judicialmente la extradición, les impondría la obligación legal de cursarla por vía diplomática (a los Estados Unidos), debiendo el Consejo de Ministros tramitarla sin más pues cualquier eventual actuación distinta a la mera transmisión del pedido jurisdiccional constituiría otra intromisión ilegítima o invasión del poder ejecutivo en el poder judicial<sup>14</sup> lo que supondría una vulneración del principio de legalidad, según criterio establecida por la Sala Penal del Tribunal Supremo: “que la reclamación de personas para ser enjuiciadas se haga dentro del ámbito estrictamente jurisdiccional, desapareciendo los vestigios del pasado que interfiere en las decisiones judiciales con resoluciones administrativas absolutamente incontrolables y, por consiguiente, de matiz político coyuntural, con grave quebranto del principio de legalidad” (auto del Tribunal Supremo, Sala II, de 1 de febrero de 2000).

Principio de legalidad al que le añade también el profesor Gonzalo Quintero el principio de seguridad jurídica (incardinados ambos en el artículo 9.3 de la Constitución española), manifestados a través de los requisitos normativos necesarios para su tramitación y concesión (control jurisdiccional) señalando, empero, su opinión particular de que a la naturaleza jurídica de la institución le acompaña su naturaleza política cuya valoración (del Estado requerido) podría ocasionarle la inconveniencia de la extradición<sup>15</sup>.

Una opinión de autor, sin embargo, contraria a la doctrina del Tribunal Supremo (ahora la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 31 de mayo de 2005) que declara (definiendo) que los acuerdos del Consejo de Ministros relativos a las extradiciones constituyen actos administrativos y no actos de Gobierno propios de la política exterior del Estado, correspondiendo de forma exclusiva y excluyente al Tribunal que conoce la causa la decisión de extraditar o no<sup>16</sup>.

En cualquier caso, un debate (institución mixta y planos jurídicos híbridos influidos por distintas disciplinas) que entendemos sobrepasado ya (máxime en este supuesto), por la existencia del tratado bilateral que genera derechos y obligaciones mutuas (ámbito de Derecho Internacional), que impone el mandato de la asistencia judicial (ámbito del derecho procesal) y que se enmarca en el ámbito de los delitos contra la Comunidad internacional (derecho penal, Código Penal 95), tipificados asimismo en la legislación internacional (penal y humanitario), fruto de la costumbre internacional, debiendo actuar interactivamente ambas fuentes del Derecho Internacional (artículo 38 del Estatuto de la CIJ, San Francisco, 26 de junio de 1945).

---

<sup>13</sup> Cfr. Manuel Díez de Velasco (1985): *Instituciones de Derecho Internacional público*, Madrid: Editorial Tecnos: t. I, 127.

<sup>14</sup> Cfr. *op. cit.* Ollé Sesé (2008): 335.

<sup>15</sup> Cfr. Gonzalo Quintero Olivares (1998): *Manual de derecho penal-Parte general*, Pamplona: Editorial Aranzadi: 189-190.

<sup>16</sup> Cfr. *op. cit.* Ollé Sesé (2008): 336.

## 2. La Autoridad Central y adláteres

De los hechos obrantes en las actuaciones y en las resoluciones jurisdiccionales reseñadas se constata indubitadamente que los requerimientos judiciales cursados a Estados Unidos, mediante las repetidas comisiones rogatorias, por el conducto del Tratado Bilateral de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal (20 de septiembre de 1990), fueron incumplidos en su totalidad. Que el Estado estadounidense exteriorizó claramente su voluntad de incumplimiento convencional (pese a la vigencia del instrumento internacional) engendrando una grave violación del tratado, en sus términos, cuyas sus consecuencias legales se infieren de la citada Convención de Viena y del propio tratado bilateral, pudiéndose suscitar causa de suspensión del mismo, en su aplicación, o incluso su propia terminación (artículos 42 a 45 de la CVDI).

A pesar de la importancia del evento hasta el presente momento nada ha sucedido. ¿Por qué? La razón es obvia y, a la vez, de explicación tremendamente sencilla: porque los poderes públicos españoles que estaban obligados a actuar en derecho han omitido su deber legal, jamás han intervenido y se han aquietado totalmente ante tamaño incumplimiento convencional, a despecho de la petición de la familia Couso al ministro de Justicia, quien además encarna la condición de Autoridad Central española en el Tratado bilateral, su representación convencional.

En el proceso, por la absoluta inacción procesal del Ministerio Fiscal (quien debe ejercer la garantía pública velando por el cumplimiento del principio de legalidad) y fuera del proceso, por los clamorosos silencios del fiscal general del Estado y del ministro de Justicia, omitiéndose de su parte la denuncia de la violación grave del tratado bilateral, previsto en el artículo 20.3 del mismo, y aunque el deber de cumplimiento de toda obligación enunciada en un tratado en nada se menoscaba, en virtud de su sometimiento al Derecho Internacional con independencia del tratado en sí (artículo 43), el Estado pierde el derecho de alegar si se ha comportado de tal manera que deba considerarse que ha dado su aquiescencia a su continuación en la aplicación (artículo 45)<sup>17</sup>. O dicho de otro modo: que se evidencian conductas, por parte de personas revestidas de poder público (en función del cargo orgánico que ocupan en la Administración Pública, ministro de Justicia), de omisión de deberes y obligaciones legales (carencia de la acción de denuncia, aceptación tácita de comportamientos internacionales anticonvencionales del otro Estado parte) que ha perjudicado al Estado español en sus derechos, causando importantes daños convencionales.

Que esta actitud pusilánime se ha revelado en el proceso por la total inoperancia del instrumento internacional (cuyo contenido forma parte del ordenamiento jurídico), cuando se ha mostrado dependencia hacia la administración del Estado norteamericano y la sumisión ante sus actos, relegándose de facto el principio de la igualdad soberana entre Estados en las relaciones internacionales (artículo 2.1 de la CNU; como botón de muestra, recordemos la inaudita felicitación del fiscal general del Estado al embajador norteamericano). Cuando la opacidad y desidia gubernamental ha permitido favorecer la conducta de quienes abogan por la impunidad de actos tipificados

---

<sup>17</sup> Cfr. José Antonio Pastor Ridruejo (1986): *Curso de Derecho Internacional público*, Madrid: Editorial Tecnos: 129.



en el título xxiv del Código Penal 95 enjuiciados por la jurisdicción española como “crimen internacional” (*delicta iuris gentium*, de obligada persecución en el seno de la comunidad internacional), que esta ha asumido subsidiariamente por la no actuación de los tribunales de Estados Unidos (o de un tribunal penal internacional)<sup>18</sup>; lo que o se deduce del Oficio, de 30 de enero de 2004, de la Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores español remitido al Juzgado Central número 1 de cuyo contenido se desprende, que allá ni se habían investigado los hechos, ni depurado las responsabilidades, ni reparado los daños, habiéndose limitado la ministra de Asuntos Exteriores de entonces, Ana Palacio, a una mera y puntual “gestión personal y verbal” ante las autoridades estadounidenses (Secretaría de Estado, Powell), habiéndose incumplido el artículo 19.2 del tratado.

Se habría producido pues una abdicación de las responsabilidades de los poderes públicos españoles de forma general y continuada, no limitándose a una inacción del Ministerio Fiscal, del fiscal general del Estado, del ministro de Justicia, (Autoridad Central en el tratado bilateral) mencionado antes, o de un particular Gobierno (las DP número 99/2003 se incoaron durante el mandato del Gobierno presidido por Aznar) pudiéndose deducir de ello que se trata de una auténtica política de Estado (proseguida por el posterior Gobierno), elaborada conscientemente, cuyos términos o pactos exactos se desconocen, nunca se han divulgado y se mantienen en secreto, vulnerándose el principio de publicidad (diplomacia pública, a la luz del día)<sup>19</sup> obligatorio en todas las democracias y desde luego en nuestro sistema constitucional (control parlamentario de la política exterior), agravado por la orfandad constitucional de la tutela de las víctimas.

Tal secretismo en la aplicación de un tratado internacional vigente que fue tramitado, discutido y aprobado por las cámaras legislativas españolas, ratificado luego por el jefe del Estado y finalmente publicado en el Boletín Oficial del Estado no tiene justificación legal alguna. Máxime cuando tampoco consta la elaboración de un arreglo específico, formal o informal, sobre la asistencia jurídica mutua casuístico (artículo 18.2 del tratado) que, en cualquier caso, si hubiera existido, debería haberse hecho público y trasladado a la jurisdicción actuante.

¿O es que sí existió ese supuesto arreglo entre Estados consistente en que los contratantes se hubieran comprometido entre sí a no ejecutar reglas o condiciones previstas en el Tratado? ¿Que además el órgano español, apremiado por su *partenaire*, hubiera admitido el precio de instar el archivo de las actuaciones mediante el concurso del Ministerio Fiscal? Afortunadamente, nos queda la justicia.

Y hablando de la justicia, volvamos a la exposición del magistrado del Tribunal Supremo Luciano Valera<sup>20</sup> que considera que, en el balancín de intereses en conflicto, presentes en un proceso, que colisionen, solo merecen atención los supuestos cuya

---

<sup>18</sup> Cfr. José Antonio Pastor Ridruejo (2008): “Tribunales de Justicia: la Jurisdicción Universal-La Protección de los Derechos Humanos”. *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, 34: 103.

<sup>19</sup> Cfr. Harold Nicolson (1950): *La diplomacia*, México: Fondo de Cultura Económica: 65. Este autor recuerda el discurso de los catorce puntos del presidente Woodrow Wilson, de 8 de enero de 1918, que finiquitó la diplomacia secreta en las relaciones internacionales.

<sup>20</sup> Cfr. *op. cit.* Varela Castro, 1991: 63.



tipificación lo sea entre derechos fundamentales. Si, por el contrario, existe un interés (aunque sea gubernativo) que esté alejado de los valores constitucionales no hay cuestión porque prima siempre el derecho fundamental (en este caso la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución española relacionado con el artículo 6 CEDH, además del principio de legalidad) y aquí ni siquiera el Gobierno ha alegado reserva por razones de defensa o de seguridad, simplemente ha actuado según su criterio, en la jurisdicción y fuera de ella.

Tampoco ha elevado la cuestión de su legitimidad, al actuar así ante el Tribunal Constitucional, único órgano con capacidad y competencia constitucional para la valoración de la limitación, justificada, de un derecho fundamental en un proceso de la jurisdicción ordinaria<sup>21</sup>. Y al no hacerlo no le queda más remedio que asumir las consecuencias jurisdiccionales por sus actos, pareciendo obvio que, en un Estado democrático, “el secreto oficial no puede ser nunca el medio para encubrir actos ilícitos”<sup>22</sup> o actos contrarios al ordenamiento jurídico aunque no sean ilícitos, opino yo; citando el magistrado la frase del profesor Norberto Bobbio de que “la opacidad del Poder es la negación de la democracia”<sup>23</sup>. No hay pues ni ambivalencias ni disfunciones, solo comportamientos ajustados al ordenamiento jurídicos o contrarios a él.

#### **IV. Breve conclusión a propósito de la reforma legislativa que mengua la jurisdiccional universal**

El principio de la Jurisdicción universal (que estableció el antiguo artículo 23.4 LOPJ) y su aplicación en España quizás sea, o haya sido, un ejemplo ejemplarizante (valga la redundancia), con capacidad inmediata para evitar impunidades criminales vergonzantes<sup>24</sup> en la comunidad internacional.

A su cobijo se refugiaron en derecho no pocos procesos emblemáticos (uno de ellos el caso Cusó), hasta que una reforma legislativa articulada a través de una enmienda a la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial (de 4 de noviembre de 2009) consiguió limitar su ámbito de aplicación y a la vez reducir el propio principio de la jurisdicción universal, que en palabras del profesor Remiro Brotons “parece una chapuza impuesta por las circunstancias del momento”<sup>25</sup>, jugoso comentario al que sin duda nos adherimos.

---

<sup>21</sup> La justificación del sacrificio de un derecho fundamental viene impuesto por la necesidad de alcanzar otros fines constitucionales legítimos en cualquier sociedad democrática (sentencias del Tribunal Constitucional números 207/1996, 234/1997 y 70/2002; Auto del Tribunal Supremo, Sala II, de 9 de septiembre de 2010).

<sup>22</sup> *Op. cit.* Varela Castro, 1991: 65.

<sup>23</sup> *Op. cit.* Varela Castro, 1991: 65. Cita de Norberto Bobbio (1988): *Las ideologías y el poder en crisis: pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, tercera vía y tercera fuerza*, Barcelona: Ariel: 182.

<sup>24</sup> Antonio Remiro Brotons (1999): *El caso Pinochet, los límites de la impunidad*, Madrid: Biblioteca Nueva Política Exterior.

<sup>25</sup> Antonio Remiro Brotons (2010): “Crímenes internacionales, jueces estatales”. *Política Exterior*, vol. xxiv, 134: 64.

Se alegó, por los portavoces parlamentarios mayoritarios, que se estaba haciendo un uso abusivo del derecho con su ejercicio, aprovechando que el río pasaba por la Audiencia Nacional y las querellas presentadas contra el ex presidente de la República Popular China y otros (caso Tíbet, 2006), o la interpuesta contra el exministro de Defensa israelí Ben Eliezer y otros (caso Gaza, enero 2009), que generó una rápida reacción del ministro de Asuntos Exteriores, Miguel Ángel Moratinos. Sin perder ni un segundo Moratinos se puso en contacto con el embajador de Israel en Madrid y con su homóloga Tzipi Livni para informar del propósito gubernamental preconizando cambios legislativos ajustando el principio de jurisdicción universal. ¿Recordamos la carta del fiscal general del Estado al embajador estadounidense?

La reforma legislativa (ya en vigor) significa un paso atrás de conveniencia para una política exterior gubernamental sometida a los aliados del primer mundo, pero sobretodo significa un paso atrás en el desarrollo de las garantías universales para la protección de los derechos humanos, de la cual España era adalid... hasta que se acabó lo que se daba.

## **V. El inopinado factor sorpresa a la hora de las conclusiones: los papeles de Wikileaks**

Justo en el momento final del cierre de esta publicación acaece un acontecimiento que tiene el valor de alumbrar el intríngulis de los enredos descritos antes y que sirve para situar plenamente el quid de la cuestión, en sus términos reales, dejando de lado ya cualquier duda o cábala posible: la filtración documental universal de Wikileaks (reproducida por el periódico *El País*)<sup>26</sup> en torno a las actuaciones de determinados Poderes Públicos españoles durante la tramitación del proceso Couso.

Las antedichas manifestaciones del autor sobre “apariencias de anormalidad en el proceso”, “la inconstitucional invasión gubernamental de facultades”, “la existencia de una vulneración del ordenamiento jurídico”, las “intromisiones, con fines predeterminados, de personas que encarnan la condición de órganos del Estado en un proceso judicial sometido únicamente al imperio de la Ley”, las inacciones o aquietamiento del ministro de Justicia ante los incumplimientos convencionales o el presunto encubrimiento de actos ilícitos<sup>27</sup> han resultado ser tremendamente clarividentes a la vista del cúmulo de pruebas, embarazosas para esos poderes, que se perciben y que avergüenzan.

Al considerar que esos graves hechos contenían suficiente relevancia penal y que existía —presuntamente— un concierto delictivo (y sumisión de funcionarios y personas que ejercían funciones gubernamentales a instrucciones impartidas por potencia extranjera ausente en el proceso) la familia Couso interpuso denuncia<sup>28</sup> ante la Fiscalía del TSJ-Madrid, pendiente aún de resolver.

¡Qué país!

---

<sup>26</sup> Publicación de los documentos de Wikileaks, en *El País* de 29 noviembre a 05 diciembre 2010.

<sup>27</sup> Joan Fc. THOMAS MULET, “La adulteración del proceso justo: el caso Couso”, *Diario de Mallorca*, 31 de diciembre de 2010.

<sup>28</sup> Denuncia de 9 de diciembre 2010, publicado por “El País” el 13 diciembre 2010.



# **El Derecho Internacional humanitario y su aplicación al caso Couso (Hotel Palestina, Bagdad [Iraq], 8 de abril de 2003)**

**ALBERT GALINSOGA JORDÀ**

**Catedrático de Derecho Internacional Público  
Catedrático Jean Monnet de Integración Europea  
Universidad de Lleida**

SUMARIO: I. Los principios del Derecho Internacional humanitario como normas de *ius cogens*. II. La protección de la población civil: el principio de distinción y el principio de proporcionalidad. III. Los derechos humanos en situaciones de conflicto armado. IV. Los crímenes de guerra. V. Los ataques contra la población civil y los bienes civiles. VI. El terror contra la población civil. VII. Los ataques a periodistas y la función de los corresponsales de guerra. VIII. Los crímenes de guerra en el Código Penal español. IX. La aplicación del Derecho Internacional al ataque contra el Hotel Palestina (caso Couso). X. La responsabilidad internacional del Estado: Estados Unidos. XI. La responsabilidad internacional del Estado: España.

## **I. Los principios del Derecho Internacional humanitario como normas de *ius cogens***

Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977 y 2005 constituyen el conjunto fundamental de Derecho Internacional humanitario que protege a las víctimas de conflictos armados y que rige la conducta de las hostilidades en tiempo de guerra.

El arraigo del Derecho Internacional humanitario en la conciencia jurídica de la humanidad es tan profundo que está unido inseparablemente a la propia idea de derecho en todas las civilizaciones, unido a conceptos como humanidad, proporcionalidad o necesidad. Como estableció la CIJ en su opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o el uso de armas nucleares:

El derecho humanitario y la costumbre tienen un linaje muy antiguo. Tienen una raigambre de miles de años. Se forjaron en muchas civilizaciones: china, india, griega, romana, japonesa, islámica, europea moderna, entre otras. A lo largo de los años, numerosas ideas religiosas y filosóficas fueron vertiéndose al molde en que se ha fraguado el derecho humanitario moderno. Dieron prueba del esfuerzo hecho por la conciencia humana para mitigar, en cierta medida, las brutalidades y los terribles sufrimientos que implica la guerra. Según la expresión de una importante declaración al respecto (la Declaración de San Petersburgo de 1868), el Derecho Internacional humanitario fue concebido para fijar los límites en que “las necesidades de la guerra deben detenerse ante las exigencias de la humanidad”<sup>1</sup>.

Como señala Gasser, uno de los más reconocidos expertos del CICR, se puede intentar resumir la esencia del Derecho Internacional humanitario en cuatro aspectos medulares, que convergen en un único objetivo común, la protección de la dignidad de la persona humana, con independencia de su condición:

El Derecho Internacional humanitario se ha convertido en un complejo conjunto de normas relativas a una gran variedad de problemas. No cabe duda de que los seis tratados principales (que contienen más de 600 artículos) y el denso entramado de normas consuetudinarias restringen el recurso a la violencia en tiempo de guerra. No obstante, tal abundancia de normas jurídicas no ha de hacernos olvidar que lo esencial del derecho humanitario se resume en algunos principios fundamentales:

- a) Las personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades han de ser respetadas, protegidas y tratadas con humanidad. Han de recibir la asistencia apropiada, sin discriminación alguna.
- b) Los combatientes capturados, y demás personas privadas de libertad, han de ser tratados con humanidad. Han de ser protegidos contra todo acto de violencia, en especial contra la tortura. Si se incoan diligencias judiciales contra ellos, han de gozar de las garantías fundamentales de un procedimiento reglamentario.
- c) En un conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado. Queda prohibido causar males superfluos y heridas innecesarias.
- d) A fin de proteger a la población civil, las fuerzas armadas deberán distinguir, en todas las circunstancias, entre, por una parte, la población civil y los bienes civiles y, por otra, los objetivos militares. La población civil como tal, los civiles y los bienes civiles, no serán objeto de ataques militares<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. CIJ (1996): “Case concerning legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 443-444 (opinión disidente del juez Weeramantry).

<sup>2</sup> Hans Peter Gasser (1998): “El Derecho Internacional humanitario y la protección de las víctimas de la guerra”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*.

En esta misma línea, la CIJ, en su opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares de 1996, afirmó la vigencia de una serie de “principios cardinales” con carácter de “principios intransgredibles del Derecho Internacional consuetudinario”, y entre ellos señaló los siguientes: La negación del derecho ilimitado de los Estados a elegir los medios de combate; La protección de la población y los bienes civiles: El principio de distinción entre combatientes y no combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares; La prohibición del uso de armas de efecto indiscriminado y por último la prohibición de causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios a los combatientes<sup>3</sup>.

Asimismo, también la CIDH ha señalado el carácter fundamental de estos principios y de sus corolarios jurídicos:

176. El objetivo básico del artículo 3 común (de los Convenios de Ginebra de 1949) es disponer de ciertas normas legales mínimas que se puedan aplicar en el curso de hostilidades para proteger a las personas que no tomaron, o que ya no toman parte directa o activa en las hostilidades [principio de protección]. [...]

177. Además del artículo 3 común, los principios del derecho consuetudinario aplicables a todos los conflictos armados exigen que las partes contendientes se abstengan de atacar directamente a la población civil y a civiles en forma individual [principio del objetivo militar], y que al fijar sus objetivos distingan entre los civiles y los combatientes y otros objetivos militares legítimos [principio de distinción]. Para amparar a los civiles de los efectos de las hostilidades [principio de humanidad], otros principios del derecho consuetudinario exigen que la parte atacante tome precauciones para evitar o minimizar la pérdida de vidas civiles o daños a la propiedad de civiles, incidentales o colaterales a los ataques contra objetivos militares [principios de necesidad militar y proporcionalidad]<sup>4</sup>.

En el origen de las normas actuales de Derecho Internacional humanitario puede observarse el impulso que motivó la reacción de la comunidad internacional ante las masivas pérdidas de vidas humanas en los bombardeos de ciudades y otros actos contrarios al espíritu humanitario<sup>5</sup>.

Como declaró la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, las disposiciones del Protocolo Adicional I expresan el Derecho Internacional humanitario de carácter consuetudinario, especialmente las que subrayan la importancia de distinguir entre civiles y combatientes y entre objetivos militares y objetos civiles, así como la prohibición de los ataques indiscriminados o desproporcionados contra civiles:

<sup>3</sup> “78. Los principios cardinales contenidos en los textos que constituyen la esencia del derecho humanitario se enumeran a continuación. El primero, relacionado con la protección de la población civil y los bienes de carácter civil, distingue entre combatientes y no combatientes; los Estados no deben nunca hacer objeto de sus ataques a los civiles y, por consiguiente, no deben utilizar jamás armas que no permitan distinguir entre objetivos civiles y objetivos militares [...]” (CIJ [1996]: “Case concerning legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 226).

<sup>4</sup> CIDH (1997): “caso la Tablada (Juan Carlos Abella). Informe final”, 30 de octubre de 1997; CIDH (1997): “Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”: 38, párrafos 176 y 177.

<sup>5</sup> Cfr. por ejemplo: Miguel A. Marín Luna (1957): “The evolution and present status of the laws of war”. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, vol. XCII, 755-860.

95. The provisions of Geneva Protocol I cited by the Parties represent the best and most recent efforts of the international community to state the law on the protection of the civilian population against the effects of hostilities. The Commission believes that those provisions reflect a generally shared view that some practices of the Second World War, such as target area bombing of cities, should be outlawed for the future, and the Commission considers them to express customary international humanitarian law. Those provisions may be summarized as follows: they emphasize the importance of distinguishing between civilians and combatants and between civilian objects and military objectives; they prohibit targeting civilians, they prohibit targeting civilians or civilian objects; they prohibit indiscriminate attacks, including attacks that may be expected to produce civilian losses that would be disproportionate to the anticipated military advantage; and they require both attacker and defender to take all feasible precautions to those ends<sup>6</sup>.

Se trata de principios jurídicos indiscutidos y arraigados en la conciencia jurídica de la humanidad. Así queda de manifiesto en la práctica del órgano más representativo del conjunto de la comunidad internacional. En efecto, la AG adoptó por unanimidad los principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, en su Resolución 2675 (XXV), de 9 de diciembre de 1970, que confirman, una vez más, los principios fundamentales del Derecho Internacional humanitario:

1. Los derechos humanos fundamentales aceptados en el Derecho Internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflictos armados.
2. En el desarrollo de operaciones militares durante los conflictos armados, deberá establecerse en todo momento una distinción entre las personas que toman parte en las hostilidades y las poblaciones civiles.
3. En el desarrollo de las operaciones militares, se hará todo lo posible por poner a las poblaciones civiles a salvo de los estragos de la guerra y se adoptarán todas las precauciones necesarias para evitar que las poblaciones civiles padezcan heridas, pérdidas o daños.
4. Las poblaciones civiles como tales no deberán ser objeto de operaciones militares.
5. Las viviendas y otras instalaciones usadas solo por poblaciones civiles no deberán ser objeto de operaciones militares.
6. Los lugares o zonas designados al solo efecto de proteger a los civiles, como las zonas de hospitales o refugios análogos, no deberán ser objeto de operaciones militares.

Dichos principios y su relación con las normas fundamentales del Derecho Internacional de los derechos humanos, son constante objeto de referencia no solo por parte de la jurisprudencia internacional, sino también por parte de las jurisdicciones internas. Así, la Corte Constitucional de Colombia, establecía en 2007 lo siguiente:

Esta interacción, en el seno del principio humanitario, del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos más esenciales, confirma que estos dos ordenamientos jurídicos se complementan mutuamente en tiempos de confrontación armada, y

---

<sup>6</sup> Corte Permanente de Arbitraje (2005): "Western front, aerial bombardment and related claims- Eritrea's claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26 between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia. Partial award", Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, 19 de diciembre de 2005: 27.



que ambos comparten el objetivo cardinal de proteger los derechos básicos y la dignidad de la persona, en tiempos de guerra y de paz, limitando el poder de los Estados y de las organizaciones para salvaguardar un núcleo básico de garantías fundamentales de las que son titulares todas las personas, sin discriminación. En este sentido, a Asamblea General de las Naciones Unidas ha afirmado, como uno de los principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, el que *“los derechos humanos fundamentales aceptados en el Derecho Internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflictos armados”* (AGNU, Resolución 2675 [1970], sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad).

La vigencia de estos de principios y normas y su carácter imperativo, viene expresado, por la amplitud y profundidad de la conciencia de su obligatoriedad en la comunidad internacional en su conjunto. Así, en 2006, los Convenios de Ginebra de 1949, base convencional del Derecho Internacional humanitario, alcanzaron una aceptación universal, con las adhesiones de la República de Nauru y de la República de Montenegro, confirmando que son los tratados internacionales más aceptados, y representando un hito en la mayor protección de las víctimas de los conflictos armados.

Esta conciencia jurídica universal se extiende a la convicción de que las graves violaciones de las obligaciones derivadas del Derecho Internacional humanitario afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto, más allá de los derechos subjetivos de las víctimas directas y de las competencias de los Estados afectados o de su nacionalidad.

El desarrollo del Derecho Internacional contemporáneo conduce a regular progresivamente las infracciones más típicas y a establecer mecanismos de control y de aplicación que desembocan en la creación de instancias jurisdiccionales internacionales especializadas, como la CPI o los tribunales penales *ad hoc*, pero también en el reconocimiento de las competencias de los tribunales nacionales en la persecución de los crímenes internacionales, como los crímenes de guerra.

El Derecho Internacional humanitario, el Derecho Internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional convergen en materia de tribunales internacionales, ya que los tres comparten los objetivos tanto de proteger la vida, salud y dignidad de las víctimas, como de requerir la sanción de los culpables.

## **II. La protección de la población civil: el principio de distinción y el principio de proporcionalidad**

El principio de distinción entre combatientes y no combatientes es el primero de los principios cardinales que constituyen el cimiento del derecho humanitario, que la CIJ identificó en su opinión consultiva de 1996. Según la Corte, este principio: “tiene por finalidad la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca deben hacer de los civiles objeto de ataque y, por consiguiente, nunca deben emplear armas

incapaces de distinguir entre objetivos civiles y militares”<sup>7</sup>. Así, la Corte reafirma un principio arraigado en la jurisprudencia internacional<sup>8</sup>. Unos meses antes de que la CIJ emitiera su opinión consultiva, la Sala de Primera Instancia del TPIY concluyó que: “la norma según la cual la población civil, así como los bienes de carácter civil, no deben ser objeto de ataque, es una norma fundamental de Derecho Internacional humanitario aplicable a todos los conflictos armados”<sup>9</sup>.

La distinción entre combatientes y no combatientes es la clave del derecho humanitario. Este principio deriva del axioma que fundamenta todo el Derecho Internacional humanitario: en los conflictos armados solo es aceptable el debilitamiento de la capacidad militar del enemigo. La Declaración de San Petersburgo del 29 de noviembre al 11 de diciembre de 1868 fue el primer instrumento multilateral que incorporó este principio. Desde entonces, ha sido reiterada en numerosos instrumentos y de diversas formas<sup>10</sup>. Este proceso de codificación culminaría en 1977, con la aprobación de los dos protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, que proporcionaron una expresión clara y formal en el plano internacional a esta norma consuetudinaria. En el artículo 48 del Protocolo I, “Norma fundamental”, se afirma: “A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

Por consiguiente, según el artículo 57.1 del Protocolo Adicional I: “Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil”.

El requisito de distinguir entre personas civiles y combatientes “en todo momento”, así como la prohibición de perpetrar ataques contra la población civil o de perpetrar ataques indiscriminados, constituyen el núcleo del derecho humanitario, además de la prohibición explícita de todos los actos encaminados a aterrorizar a la población civil (artículo 51, párrafo 2, protocolo I; artículo 13, párrafo 2, protocolo II). Como indica

<sup>7</sup> Cfr. CIJ (1996): “Case concerning legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 257, párrafo 78.

<sup>8</sup> Ya en 1927, el Tribunal Mixto Greco-Alemán, en el caso sobre Coenca Brothers contra Alemania consideró que “uno de los principios universalmente reconocidos por el derecho de gentes estipula que los beligerantes deben respetar, en la medida de lo posible, a la población civil, así como sus bienes”, (Tribunal Mixto Greco-Alemán [1927]: “Case concerning Coenca Brothers v. Germany”, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes, vol. VII: 683; Cfr. Tribunal Mixto Greco-Alemán [1930]: “Case concerning Kiriadoulou v. Germany”, 10 de mayo de 1930, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes, vol. X: 100; Tribunal del distrito de Tokio (1963): “Shimoda case”, 7 de diciembre de 1963, ILR: 32, 629-632).

<sup>9</sup> TPIY (1996): “Case concerning Prosecutor v. Dusko Martić. Judgement”, 8 de marzo de 1996, párrafo. 10.

<sup>10</sup> Véanse, por ejemplo, los textos citados por el juez Weeramantry en su Opinión disidente: Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (artículo 25), anexo al Convenio de La Haya (cuarto) sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre; Convenio de La Haya (novenio) de 1907 relativo al bombardeo por medio de fuerzas navales en tiempo de guerra (artículo 1); normas de la guerra aérea de 1923 (artículos 22 y 24); Resolución del 30 de septiembre de 1928 de la Asamblea de la Sociedad de Naciones; resoluciones 2444 (XXIII) del 19 de diciembre de 1968 y 2675 (XXV) del 9 de diciembre de 1970 de la AG de las Naciones Unidas CIJ [1996]: “Case concerning legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 257-261.

el CICR, el Derecho Internacional humanitario proscribe asimismo los siguientes actos, que pueden asemejarse a ataques terroristas: ataques contra la población civil y los bienes de carácter civil (artículos 51, párrafo. 2, y 52, protocolo I; artículo 13, protocolo II); ataques indiscriminados (artículo 51, párrafo 4, protocolo I); ataques contra los lugares de culto (artículo 53, protocolo I; artículo 16, protocolo II); ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (artículo 56, protocolo I; artículo 15, protocolo II); toma de rehenes (artículo 75, protocolo I; artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; y artículo 4, párrafo 2, letra b, protocolo II); homicidio de personas que no participan, o que han dejado de participar, en las hostilidades (artículo 75, protocolo I; artículo 3 común a los cuatro convenios; artículo 4, párrafo 2, letra a, protocolo II).

En este sentido, la CIDH en su “Informe sobre terrorismo y derechos humanos” (2002) se ha referido al principio de distinción, relacionándolo con el principio de humanidad en los siguientes términos:

[...] el principio de humanidad, que complementa y limita inherentemente la doctrina de la necesidad militar. Este principio prohíbe infligir sufrimiento, lesión o destrucción que no sean actualmente necesarios, es decir proporcionados, para la realización de propósitos militares legítimos. Más aún, el principio de humanidad también confirma la inmunidad fundamental de las personas civiles a ser objeto de ataques en todo conflicto armado. Así, la conducción de las hostilidades por las partes en todo conflicto armado debe ser adelantada dentro de los límites establecidos por el Derecho Internacional, incluyendo las restricciones y protecciones inherentes a los principios de necesidad militar y humanidad.

[...] el principio de la distinción prohíbe, entre otras cosas, el lanzamiento de ataques contra la población civil u objetivos civiles y exige que las partes en un conflicto armado distingan en todo momento entre los miembros de la población civil y las personas que forman parte activa de las hostilidades o entre objetivos civiles y objetivos militares, y dirijan sus ataques solo contra las personas que participen activamente en las hostilidades y otros objetivos militares legítimos<sup>11</sup>.

Además de prohibir los mencionados actos, el derecho humanitario estipula normas para la represión de la violación de estas prohibiciones<sup>12</sup>. Así, están específicamente prohibidos los ataques directos y deliberados contra bienes de carácter civil<sup>13</sup>, los ataques cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil, las represalias contra civiles y los ataques indiscriminados.

<sup>11</sup> CIDH (2002): “Informe sobre terrorismo y derechos humanos”: 116, párrafos 65-66.

<sup>12</sup> CICR (2007): “Introducción al Derecho Internacional humanitario” en OEA: *Curso introductorio sobre Derecho Internacional humanitario*, Washington: Secretaría General, Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Oficina de Derecho Internacional: 55.

<sup>13</sup> Artículos 52 a 56 del protocolo I y artículo 13.2 del protocolo II. Artículo 49: “Definición de ataques y ámbito de aplicación: [...] 3. Las disposiciones de la presente Sección se aplicarán a cualquier operación de guerra terrestre, naval o aérea que pueda afectar en tierra a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil”.

El protocolo I pretende dar una definición amplia de “ataques indiscriminados” en todas las formas de guerra. En el artículo 51.4, se describen y prohíben tres tipos de ataques indiscriminados:

- a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
  - b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
  - c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo;
- y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil.

La condición de población civil viene determinada de manera negativa (es civil, quien no participa directamente en las hostilidades) y es una condición que se presume en caso de duda y que no queda alterada por la presencia de elementos combatientes entre las personas civiles<sup>14</sup>.

Estas disposiciones establecidas en el artículo 50 del Protocolo Adicional I, deben verse complementadas por las del artículo 52, que determina la protección de los bienes de carácter civil, prohibiendo taxativamente que sean objeto de ataques o de represalias, de tal manera, que, “en caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, como [...] una casa u otra vivienda [...] se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin”<sup>15</sup>.

Es más, hay un consenso extendido de que la necesidad militar no justifica, en ningún caso, un ataque prohibido contra la población civil. El comentario del CICR establece que el protocolo en ningún caso autoriza daños incidentales a los civiles, puesto que esta idea es contraria a la letra y el espíritu del protocolo y, muy especialmente, con la norma básica del artículo 48 y los dos primeros párrafos del artículo 51: “The idea has also been put forward that even if they are very high, civilian losses and damages may be justified if the military advantage at stake is of great importance. This idea is contrary to the fundamental rules of the Protocol; in particular it conflicts with Article

<sup>14</sup> “Artículo 50. Definición de personas civiles y de población civil

1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.

2. La población civil comprende a todas las personas civiles.

3. La presencia entre población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil.”

<sup>15</sup> “Artículo 52. Protección general de los bienes de carácter civil

1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.

2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.”

48'(Basic rule)' and with paragraphs 1 and 2 of the present Article 51. The Protocol does not provide any justification for attacks which cause extensive civilian losses and damages. Incidental losses and damages should never be extensive"<sup>16</sup>.

En efecto, consagrado en el artículo 48 del protocolo I, este principio jurídico es la expresión actual de una idea tan antigua como el Derecho Internacional humanitario: la necesidad de proteger jurídicamente a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades. Al reafirmar la naturaleza consuetudinaria del principio fundamental de distinción<sup>17</sup> el TPIY simplemente ha confirmado la vigencia de una norma universalmente reconocida, que goza de un consenso que raya en la unanimidad y que encuentra un sólido y extendido soporte, tanto en la práctica diplomática como en la militar<sup>18</sup>.

La impecable lógica jurídica que conduce al Tribunal, a partir de la consagración del carácter consuetudinario del principio de distinción, a obtener las conclusiones derivadas y a otorgar un valor normativo idéntico a las reglas que concretan en la práctica este principio general, incluye las que no se prestan a ninguna controversia, como la que postula la inmunidad de la población y los bienes civiles o la prohibición de los ataques indiscriminados<sup>19</sup>. La conclusión de esta jurisprudencia conduce, como ha señalado Jean-François Quéguiner, asesor jurídico del CICR, al afirmar la aplicabilidad de estas disposiciones básicas con independencia de si los Estados han manifestado su consentimiento a las obligaciones establecidas por el derecho convencional: "En résumé, le TPIY soutient que toute la chaîne normative enracinée dans le principe de distinction présente un caractère coutumier et s'impose donc à tous les États, qu'ils soient ou non parties au Protocole I"<sup>20</sup>.

En su Sentencia en el asunto Kupreskic, de 14 de enero de 2000 (párrafo 524), el TPIY afirmó que los principios contemplados en los artículos 57 (precauciones en el ataque) y 58 (precauciones contra los efectos de los ataques) del Primer Protocolo ya eran normas consuetudinarias: "These principles have to some extent been spelled out in Articles 57 and 58 of the First Additional Protocol of 1977. Such provisions, it would seem, are now part of customary international law, not only because they specify and

<sup>16</sup> Yves Sandoz, Christophe Swinarki y Bruno Zimmerman (eds.) (1987): *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 Aug 1949*, Ginebra: CICR-Martinus Nijhoff.

<sup>17</sup> En los asuntos sobre Tadic, decisión de 2 de octubre de 1995 (párrafos 100 y ss.), Kupreskic, sentencia de 14 de enero de 2000 (párrafos 521 y ss.) y Blaskic, sentencia de 3 de marzo de 2000 (párrafo 180).

<sup>18</sup> En este mismo sentido la CIJ, tras calificar al principio de distinción como "principio cardinal del DIH", afirmó que unas normas tan fundamentales "are to be observed by all States whether or not they have ratified the Conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law" (Cfr. CIJ [1996]: "Case concerning legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996", Reports of judgements, advisory opinions and orders: 226 y ss., 257).

<sup>19</sup> El Tribunal reafirmó su carácter consuetudinario en los asuntos: Tadic, sentencia de 2 de octubre de 1995 (párrafo 127) y Kupreskic, sentencia de 14 de enero de 2000 (párrafo 524), así como en la decisión de 8 de marzo de 1996, adoptada en aplicación del antiguo artículo 61 del reglamento, en el asunto Martić (párrafo 10 y ss.).

<sup>20</sup> Jean-François Quéguiner (2003): "Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire". *Revue Internationale de la Croix Rouge*, vol. LXXXV, 850: 284-285.

flesh out pre-existing norms, but also because they do not appear to be contested by any State, including those which have not ratified the Protocol”.

Frente a la jerarquía normativa de los principios humanitarios y, muy especialmente, el de distinción, se ha esgrimido la presunta excepción derivada de la “necesidad militar”. A la luz de la jurisprudencia comentada, Quéguiner ha llamado la atención sobre una errónea consideración de la necesidad militar como una posible excepción contra la inmunidad jurídica de la población civil, señalando que en ningún caso puede justificar un ataque contra personas civiles:

L’exception découlant du lien introduit entre le principe de distinction et les necesites militaires constitue, selon nous, une véritable erreur de droit. On sait que le concept de “nécessité militaire” désigne les mesures indispensables qui s’imposent d’urgence aux forces armées pour conduire à bien une operation et accomplir, ce faisant, la mission qui leur a été assignée. Cependant, il est clair que les mesures adoptées à ce titre doivent être licites; autrement dit, on ne peut déroger à une règle du droit des conflits armés en se targuant des nécessités militaires qu’à la condition que cette possibilité soit expressément prévue par la règle en question. Or, aucun des instruments conventionnels qui se réfèrent directement ou indirectement au principe de distinction n’autorise de dérogation fondée sur la notion de nécessité militaire, qui n’est donc pas pertinente en l’espèce. Il est d’ailleurs symptomatique à cet égard que ni la CIJ ni la Chambre d’appel du Tribunal, qui ont toutes deux consacré la nature coutumière de ce principe, n’aient fait référence à cette exception. La conclusion qui s’impose naturellement est que les nécessités militaires ne pourront, en aucun cas, justifier une attaque dirigée contre la population ou des biens civils<sup>21</sup>.

En efecto, solo en caso de abuso de derecho de su condición los civiles pierden la protección que les otorga el principio de distinción y sus corolarios normativos. Dicho abuso de derecho se produce, cuando los civiles empuñan las armas, contraviniendo la obligación que tienen de no participar directamente en las hostilidades.

Pero, como toda excepción a los derechos humanos fundamentales, debe interpretarse de manera muy restrictiva. Así, incluso en los casos en que las personas civiles ejercen funciones armadas o en que la población civil está muy intercalada con combatientes o personas que participan en las hostilidades, el uso de la fuerza deberá ejercerse priorizando las esenciales obligaciones de protección de las personas y los bienes civiles. Así, el TPIY, en el asunto Blaskic, tuvo ocasión de reafirmar la aplicabilidad del principio y de ponderar el alcance de la excepción, limitándolo:

180. As proposed by the Prosecution, the Trial Chamber deems that the attack must have caused deaths and/or serious bodily injury within the civilian population or damage to civilian property. The parties to the conflict are obliged to attempt to distinguish between military targets and civilian persons or property. Targeting civilians or civilian property is an offence when not justified by military necessity. Civilians within the meaning of Article 3 are persons who are not, or no longer, members of the armed forces. Civilian property covers any property that could not be legitimately considered a military objective. Such an attack must have been conducted intentionally in the knowledge, or when it was im-

---

<sup>21</sup> *Op. cit.* Quéguiner, 2003: 292.



possible not to know, that civilians or civilian property were being targeted not through military necessity<sup>22</sup>.

Tras esta reafirmación de las características básicas del ataque ilícito, la Sala analiza la situación de la población de Ahmici en la que se produjeron los ataques inculminados y, tras precisar la presencia armada de miembros de la Defensa Territorial, no justificaba, bajo ningún concepto, la dimensión y la gravedad del ataque perpetrado, ya que no constituía un objetivo militar propiamente dicho:

407. [...] According to his testimony, the territorial defence was starting to organise in the area and consisted of about 120 men whose main task was to carry out night watches. According to that witness, their participation was purely voluntary and there was no disciplinary sanction for those who failed to take their turn on guard. It was therefore a sort of civil defence rather than an army strictly speaking. The members of the territorial defence were very badly equipped and most of them were dressed as civilians and did not think of themselves as soldiers. [...]

[...]

410. The Trial Chamber is therefore convinced beyond any reasonable doubt that no military objective justified these attacks.

El Tribunal admitió que un ataque indiscriminado o desproporcionado puede ser suficiente para probar que dicho ataque estaba, de hecho, dirigido contra la población civil. Dicho de otro modo, no es necesario probar que las víctimas son civiles, basta con demostrar que los combatientes y los civiles fueron alcanzados sin distinción, o que el número de civiles fallecidos es excesivo.

En cuanto al elemento intencional (*mens rea*), el Tribunal afirmó expresamente que esta noción engloba tanto una intención culpable como una imprudencia deliberada (*recklessness*), asimilable a una negligencia criminal grave<sup>23</sup>: “152. The Defence claimed that it is not sufficient to prove that an offence was the result of reckless acts. However, according to the Trial Chamber, the *mens rea* constituting all the violations of Article 2 of the Statute includes both guilty intent and recklessness which may be likened to serious criminal negligence”.

En el mismo sentido se pronunció el TPIY en el asunto Kupreskic, al afirmar que la presencia de elementos armados entre la población civil de Ahmici no justificaba, en absoluto un ataque indiscriminado:

it is nevertheless beyond dispute that at a minimum, large numbers of civilian casualties would have been interspersed among the combatants. The point which needs to be emphasised is the sacrosanct character of the duty to protect civilians, [...]. Even if it can be proved that the Muslim population of Ahmici was not entirely civilian but comprised

<sup>22</sup> TPIY (2000): “Case concerning Prosecutor v. Blaskic. Judgement”, 3 de marzo de 2000, párrafo 180; la Sala de Primera Instancia reiteró estas afirmaciones en TPIY (2001): “Case concerning Prosecutor v. Kordic. Judgement”, 21 de febrero de 2001, párrafo 328.

<sup>23</sup> Cfr. *op. cit.* TPIY (2000): “Case concerning Prosecutor v. Blaskic. Judgement”, 3 de marzo de 2000, párrafo 152 (en lo que concierne al artículo 2 del estatuto) y párrafo 179 (en relación con el artículo 3).



some armed elements, still no justification would exist for widespread and indiscriminate attacks against civilians<sup>24</sup>.

La CIDH, por su parte, ha considerado que “el principio de proporcionalidad prohíbe ataques cuando pueda preverse la pérdida incidental de vidas o lesiones entre los civiles, daños a objetivos civiles o una combinación de estos, que puedan resultar excesivos en relación a la ventaja militar directa y concreta anticipada”. Asimismo, en su “Informe sobre terrorismo y derechos humanos” ha ajustado el contenido normativo del principio de proporcionalidad, afirmando que:

77. La legitimidad de un blanco militar no proporciona una licencia ilimitada para atacarlo. La regla de proporcionalidad prohíbe “[u]n ataque que puede esperarse que produzca incidentalmente la muerte de civiles, lesiones a civiles, daño a bienes civiles o una combinación de ellas, que sería excesiva en relación a la ventaja militar concreta y directa prevista”.

78. Esta regla de proporcionalidad impone “una limitación adicional a la discreción de los combatientes al decidir si un bien civil es un objetivo militar bajo el párrafo 2 del artículo 52” (sic). Si se espera que un ataque produzca incidentalmente víctimas o daños civiles, el requisito de una ventaja militar anticipada “definida” bajo el artículo 52 se eleva al estándar más restrictivo de una ventaja militar “concreta” y “directa” contenido en el artículo 51(5)(b).

79. Otro aspecto de la ecuación de proporcionalidad requiere que el daño predecible a personas o bienes civiles no sea desproporcionado o “excesivo” a la “ventaja militar concreta y directa prevista”. El Comentario del CICR presenta ejemplos de lo que podría constituir daño “excesivo”.

El que fuera juez y presidente de la Corte IDH, Cançado Trindade, señaló en su opinión individual en el caso del Penal Miguel Castro Castro, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 25 de noviembre del 2006 (párrafo 36) que: “En su sustancial estudio sobre *Customary International Humanitarian Law*, divulgado por el Comité Internacional de la Cruz Roja en 2005, el principio de la proporcionalidad marca presencia como prohibición de atacar causando muertos y heridos en la población civil de modo excesivo con ventajas militares previstas”.

La población civil, como tal, y las personas civiles individualmente consideradas son objeto de protecciones especiales y —ante todo— no pueden ser tenidas como blanco de ataque sobre la base de los principios de protección, humanidad y distinción y de la doctrina de las garantías fundamentales de protección asentada por el artículo 75 del Protocolo Adicional I. Una síntesis de la protección que brinda el Derecho Internacional humanitario a la población civil, puede verse en Jean de Preux, quien señala lo siguiente:

En general, la protección de la población civil prohíbe todo ataque indiscriminado contra ella. Esta categoría de víctimas de un conflicto armado tiene derecho, en cualquier circunstancia, al respeto a su persona, a su honor, a sus derechos familiares, a sus con-

---

<sup>24</sup> TPIY (2000): “Case concerning Prosecutor v. Kupreskic. Judgement”, 14 de enero de 2000, párrafo 513.

vicciones y prácticas religiosas, a sus hábitos y costumbres. La persona civil deberá ser tratada, en todo momento, con humanidad y protegida contra cualquier acto de violencia o de intimidación (art. 27 del IV Convenio). La población civil tiene derecho a recibir los socorros que le sean necesarios<sup>25</sup>.

### III. Los derechos humanos en situaciones de conflicto armado

Los numerosos tratados de Derecho Internacional humanitario expresan la constante preocupación de la comunidad internacional por mantener y preservar normas fundamentales en el contexto específico de los conflictos armados, donde la primacía del derecho resulta particularmente amenazada. Según la propia expresión de la CIJ, el conjunto de normas convencionales aplicables en tiempo de conflicto armado es: “fundamental para el respeto de la persona humana y de las consideraciones elementales de humanidad”<sup>26</sup>. Mediante esta expresión, la Corte subraya que el Derecho Internacional humanitario y el Derecho Internacional de los derechos humanos comparten los mismos valores éticos fundamentales. A pesar de los fundamentos históricos diferentes y de las especificidades normativas de cada una, la preocupación principal de ambas ramas del Derecho Internacional es la dignidad humana. Se originan en la misma fuente: las leyes de humanidad.

La Corte observa que la protección dispuesta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, salvo cuando se aplica el artículo 4, que permite la derogación de algunas disposiciones en situaciones de emergencia nacional. El respeto del derecho a la vida (garantizado por el artículo 6 del Pacto Internacional) no cabe, sin embargo, entre esas disposiciones. En principio, el derecho de las personas a no ser privadas arbitrariamente de la vida también se aplica durante las hostilidades. Sin embargo, la prueba de qué constituye una privación arbitraria de la vida ha de ser determinada por la *lex specialis* aplicable, es decir, el derecho aplicable en conflictos armados concebido para regular la conducción de las hostilidades. Así pues, la decisión de si una pérdida de vida en particular, a través del empleo de cierta arma en la guerra, debe ser considerada una privación arbitraria de la vida que contradice lo dispuesto en el artículo 6 del Pacto, solo podrá zanjarse haciendo referencia al derecho aplicable en los conflictos armados y no efectuando deducciones de las disposiciones del Pacto mismo<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Jean de Preux (1989): “Estatuto de combatiente y prisionero de guerra”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 91: 47-54.

<sup>26</sup> Cfr. CIJ (1996): “Case concerning legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 257, párrafo 79.

<sup>27</sup> “25. The Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one’s life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself” (Cfr. CIJ [1996]: “Case concerning

La Corte IDH también se ha pronunciado sobre el uso de una fuerza militar desproporcionada que causó víctimas de manera injustificada: Así, en el caso sobre Neira Alegría y otros, afirmaba:

62. En el informe de mayoría de la comisión investigadora del Congreso del Perú se dice que “[d]el resultado logrado se infiere, sin embargo, la desproporción del potencial bélico empleado. La demolición final, luego de la rendición producida a las 14:30 horas del día diecinueve, no tendría explicación lógica y en consecuencia sería injustificada”. También el informe de minoría dice:

Está demostrado que el Gobierno, al incumplir con su obligación de proteger la vida humana, dio órdenes que trajeron como consecuencia un injustificado número de muertos [...] La fuerza militar utilizada fue desproporcionada en relación al peligro realmente existente y las formas de ataque implementadas tampoco revelaron precaución alguna por reducir los costos humanos de la debelación (supra párr. 43).

[...]

70. También debe tomarse en consideración que en el informe de la comisión de minoría del Congreso se afirmó, sin objeción por parte del Gobierno, que hubo falta de interés en el rescate de los amotinados que quedaron con vida luego de la demolición, ya que unos días después aparecieron cuatro reclusos vivos y podría haber habido más (supra párr. 43).

La falta de interés por las víctimas, sean combatientes —que, como heridos tienen derecho a la asistencia necesaria— o, más aún, personas civiles suele ir unido a un uso de la fuerza desproporcionado, que indica el incumplimiento de la obligación del Estado de proteger la vida humana. En coherencia, la Corte IDH estima en este caso que hay privación arbitraria de la vida y, por lo tanto, violación del artículo 6 del PIDCP, así como del artículo 4.1 de la Convención Interamericana:

75. Como ya lo ha dicho esta Corte en casos anteriores, [e]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana (Caso Velásquez Rodríguez, supra 63, párr. 154 y Caso Godínez Cruz, supra 63, párr. 162).

76. De las circunstancias [...] y del uso desproporcionado de la fuerza, se desprende la conclusión razonable de que ellos fueron privados arbitrariamente de su vida por las fuerzas peruanas en violación del artículo 4.1 de la Convención<sup>28</sup>.

La CIDH en su cuarto “Informe sobre los derechos humanos en Guatemala”, con el trasfondo de la represión militar masiva durante el período 1981 a 1982 —que generó

---

legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996”, Reports of judgements, advisory opinions and orders: 240, párrafo 25).

<sup>28</sup> Corte IDH (1995): “Caso Neira Alegría y otros. Sentencia”, 19 de enero de 1995, párrafo 62 [en línea en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_20\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf), citado 27 may 12].

una amplia diáspora por todo el territorio guatemalteco—, se vió obligada a pronunciarse sobre el asunto de su compatibilidad con la protección de los derechos humanos y los principios humanitarios. Más de cuatrocientos pueblos y aldeas rurales fueron destruidos a medida que el Ejército lanzaba ataques de artillería y aéreos contra centros de población civil. Al analizar jurídicamente estos hechos, la CIDH afirmó:

Al mismo tiempo, un Gobierno democrático elegido democráticamente no puede emplear cualquier medio para aplastar una insurgencia. Los derechos humanos de todas las personas deben ser respetados. La obligación del Gobierno frente al Derecho Internacional, particularmente con respecto a civiles no combatientes, es clara. El Gobierno debe respetar los derechos humanos de dichas personas, y de acuerdo al Derecho Internacional humanitario debe abstenerse de ataques indiscriminados sobre centros de población civil, aun cuando ese Gobierno esté convencido que puedan haber allí insurgentes o delincuentes<sup>29</sup>.

La permanente vigencia de los principios y normas que protegen los derechos humanos fundamentales, incluso —o sobre todo— en caso de conflicto armado fue reafirmada por la CIJ, recordando que el Derecho Internacional humanitario es una *lex specialis*, que persigue los mismos objetivos de respeto y protección de los derechos en el marco de las específicas circunstancias que se producen en situaciones de conflicto armado:

105. En su Opinión Consultiva de fecha 8 de julio de 1996 sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte tuvo ocasión de abordar la primera de esas cuestiones en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Durante el procedimiento, ciertos Estados habían argüido que el Pacto tenía por objeto proteger los derechos humanos en tiempo de paz, pero que las cuestiones relativas a la privación ilegal de la vida en las hostilidades se regían por el derecho aplicable en caso de conflicto armado. (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 239, párr. 24).

La Corte rechazó este argumento, afirmando lo siguiente:

la protección prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra, excepto cuando se aplica el artículo 4 del Pacto, según el cual algunas disposiciones pueden ser suspendidas cuando se da una situación de emergencia nacional. Sin embargo, el respeto del derecho a la vida no es una de esas disposiciones. En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades (*Ibíd.*, pág. 240, párr. 25).

106. Más en general, la Corte considera que la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a la relación entre el Derecho Internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en

---

<sup>29</sup> CIDH (1993): cuarto “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala” [en línea en <http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala93sp/cap.8.htm>, citado 27 may 12].

el Derecho Internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del Derecho Internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del Derecho Internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el Derecho Internacional humanitario.

[...]

111. En conclusión, la Corte considera que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos es aplicable con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio<sup>30</sup>.

En su opinión separada en el asunto del muro en Palestina, el magistrado Nabil Elaraby, apoyándose en la jurisprudencia de la CIJ, sintetizaba magníficamente el fundamento y el propósito de toda la normativa del Derecho Internacional humanitario, recordando una reconocida fórmula jurisprudencial, a la que añadía una consideración de índole doctrinal<sup>31</sup>:

La Corte, en el caso *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*, sostuvo muy claramente lo siguiente: “los principios fundamentales contenidos en los textos que conforman el Derecho humanitario son los siguientes: el primero tiene por objeto proteger a la población civil y los bienes civiles y establece una distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca deben hacer de los civiles el objeto de un ataque y, por consiguiente, nunca deben usar armas que no permitan distinguir entre objetivos civiles y militares. [...]” (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 257, párr. 78.)

[...]

En el caso relativo a la *Legalidad del uso o la amenaza del uso de armas nucleares*, la Corte sostuvo lo siguiente: “estas normas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, aunque no hayan ratificado las convenciones que las contienen, por que constituyen principios del derecho consuetudinario internacional que no se pueden transgredir”. (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 257, párr. 79.)

El análisis de esta cuestión me ha llevado a la misma conclusión que al Professor Michael Schmitt: “La necesidad militar funciona dentro de este paradigma para prohibir actos que no son necesarios desde un punto de vista militar; es un principio de limitación, y no de autorización. En su sentido jurídico, la necesidad militar no justifica nada”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> AG de las Naciones Unidas (2004): “Medidas ilegales israelíes en la Jerusalén oriental ocupada y el resto del territorio palestino ocupado. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, décimo período extraordinario de sesiones de emergencia, 13 de julio de 2004 [en línea en [http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory\\_2004-07-09.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf), citado 27 may 12].

<sup>31</sup> *Op. cit.* AG de las Naciones Unidas (2004): “Medidas ilegales israelíes en la Jerusalén oriental ocupada y el resto del territorio palestino ocupado. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, décimo período extraordinario de sesiones de emergencia, 13 de julio de 2004.

<sup>32</sup> La cita del profesor Michael Schmitt (1998): “Bellum Americanum: The U.S. view of twenty-first century war and its possible implications for the law of armed conflict”. *Michigan Journal of International Law*, vol. XIX: 1 080.

La interpretación de los más reconocidos juristas del mundo en el sentido más restrictivo es muy mayoritaria. Para no abundar en exceso, puede sumarse la muy ilustrativa opinión del relator especial de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados y posterior presidente de la CIJ, Roberto Ago:

53. [...] The purpose of the humanitarian law conventions was to subordinate, in some fields, the interests of a belligerent to a higher interest; States subscribing to the conventions undertook to accept that subordination and not try to find pretexts for evading it. It would be absurd to invoke the idea of military necessity or necessity of war in order to evade the duty to comply with obligations designed precisely to prevent necessities of war from causing suffering which it was desired to proscribe once for all. The conclusion is that, apart from the provisions expressly inserted in certain rules, there is no “necessity of war” that constitutes a valid ground for State conduct not in conformity with the obligations imposed by conventions designed to humanize war<sup>33</sup>.

Esta concepción de la necesidad militar como una limitación a la conducción de las hostilidades, toma plena claridad en el caso del ataque al Hotel Palestina, puesto que las circunstancias que caracterizan los hechos demuestran la falta de amparo en la necesidad militar para justificar el criminal ataque contra civiles. Se trata, en suma de “un acto que no es necesario desde el punto de vista militar”.

#### IV. Los crímenes de guerra

Por crímenes de guerra se entienden, en general, las violaciones graves del Derecho Internacional humanitario o, en la terminología tradicional, las infracciones graves contra las leyes y costumbres de la guerra, sea cual fuere el tipo de conflicto. Estos crímenes han sido definidos en particular, en los cuatro Convenios de Ginebra, en el primer Protocolo Adicional de 1977, y en el Estatuto de Roma, así como en el Derecho Internacional humanitario consuetudinario.

La Sala de Apelaciones del TPIY ha caracterizado los crímenes de guerra, descartando aquellos que, o bien necesariamente obedezcan a un acto planificado, o bien sean el resultado de una política particular. A este respecto, el TPIY entendió que lo que diferencia a estos crímenes de otros delitos es que están indisolublemente ligados a un conflicto armado:

---

<sup>33</sup> Roberto Ago indicaba además: “Several of the military manuals issued since the Second World War state that, in humanitarian law conventions, any exception on grounds of “military necessity” applies only with respect to the provisions in which it is expressly sanctioned. See, for example, United States of America, Department of the Army, *The Law of Land Warfare* (Field Manual, FM 27-10) (Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1956); and United Kingdom, the War Office, *The Law of War on Land, being Part III of the Manual of Military Law* (London, H.M. Stationery Office, 1958). Where judicial practice is concerned, the war crimes tribunals rejected the argument of military necessity in the case of atrocities committed against wounded, prisoners, and so on [cursiva del autor]”. CDI (1980): *Yearbook of the International Law Commission. Part one*, vol. II [en línea en [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1980\\_v2\\_p1\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1980_v2_p1_e.pdf), citado 27 may 12].

48. En dernière analyse, les crimes de guerre se distinguent des infractions de pur droit interne en ce qu'ils sont déterminés par le contexte dans lequel ils sont commis —le conflit armé—, ou en dépendent. Le crime de guerre n'est pas nécessairement un acte planifié ou le fruit d'une politique quelconque. Un lien de cause à effet n'est pas exigé entre le conflit armé et la perpétration du crime mais il faut, à tout le moins, que l'existence du conflit armé ait considérablement pesé sur la capacité de l'auteur du crime à le commettre, sa décision de le commettre, la manière dont il l'a commis ou le but dans lequel il l'a commis. Partant, s'il peut être établi, comme en l'espèce, que l'auteur du crime a agi dans l'optique de servir un conflit armé ou sous le couvert de celui-ci, cela suffit pour conclure que ses actes étaient étroitement liés audit conflit<sup>34</sup>.

Para determinar si un crimen está suficientemente vinculado a un conflicto armado se tendrá en cuenta, entre otros factores: si el autor es un combatiente, si la víctima es un no combatiente, si la víctima pertenece al bando adverso, si el acto puede considerarse como al servicio de un fin último de la campaña militar o si el crimen participa de las funciones oficiales de su autor o autores o se inscribe en su contexto:

45. La Chambre d'appel poursuit d'ailleurs en indiquant que "Pour déterminer si un acte donné est suffisamment lié au conflit armé, la Chambre de première instance peut tenir compte, entre autres, des indices suivants: le fait que l'auteur du crime est un combattant, le fait que la victime n'est pas un combattant, le fait que la victime appartient au camp adverse, le fait que l'acte pourrait être considéré comme servant l'objectif ultime d'une campagne militaire, et le fait que la commission du crime participe des fonctions officielles de son auteur ou s'inscrit dans leur contexte"; Kunarac, jugement du 12 juin 2002 (para. 58 et suivants)<sup>35</sup>.

Se considera que son crímenes de guerra los ataques cometidos contra toda persona que no participe o que haya dejado de participar en las hostilidades (combatientes heridos, enfermos, prisioneros de guerra, personas civiles). Por ejemplo: homicidio intencional; tortura o tratos inhumanos; causar intencionadamente grandes sufrimientos; atentar gravemente contra la integridad física o contra la salud; someter a la población civil a un ataque; deportación o traslados ilícitos de población; empleo de armas o de métodos de guerra prohibidos (armas químicas, bacteriológicas o incendiarias); utilización perversa del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o de otros signos protectores; o saqueo de bienes públicos o privados<sup>36</sup>.

El TPIY, en su decisión de 7 de junio de 2002 (Sala I de Primera Instancia) en el asunto *Strugar*, afirmó que "los artículos 51 y 52 del Protocolo Adicional I y el artículo 13 del Protocolo Adicional II no contienen ningún principio nuevo", refiriéndose al Código de Lieber, la Declaración de Bruselas de 1874, la segunda Convención de La Haya de 1899 y la tercera Convención (cuarta) de La Haya de 1907 y recordando que

<sup>34</sup> TPIY (2002): "Case concerning Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic. Judgment", 12 de junio de 2002.

<sup>35</sup> *Op. cit.* Quéguiner, 2003: 284-285.

<sup>36</sup> *Cfr. op. cit.* Cfr. CICR (2007): "Introducción al Derecho Internacional humanitario" en OEA: *Curso introductorio sobre Derecho Internacional humanitaria*, Washington: Secretaría General, Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Oficina de Derecho Internacional: 51.



la prohibición de atacar poblaciones civiles ya fue calificada de Derecho Internacional consuetudinario por el antiguo primer ministro británico, Arthur Neville Chamberlain en 1938<sup>37</sup>.

Entre las declaraciones que contribuyen a confirmar la opinio iuris de la comunidad internacional, la sentencia de la CIJ recaída en el fondo del asunto sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, citaba: la Resolución de la Sociedad de Naciones de 1938<sup>38</sup> y la Resolución 2444 (XXIII) de la AG de las Naciones Unidas, de 19 de diciembre de 1968.

Se estimó, asimismo, que “en la época de la adopción de los Protocolos Adicionales, la gran mayoría de los Estados consideraba que los principios enunciados en los artículos 51 y 52 del Protocolo Adicional I y en el artículo 13 del Protocolo II como principios generales humanitarios” (párrafo 18).

No se dudó de que los artículos 51 y 52 del Protocolo Adicional I y el artículo 13 del Protocolo Adicional II constituían, antes del período cubierto por el acta de acusación, una reafirmación y una reformulación de las normas existentes en materia de Derecho Internacional consuetudinario que proscriben los ataques contra los civiles y contra los bienes de carácter civil (párrafo 21)<sup>39</sup>.

## V. Los ataques contra la población civil y los bienes civiles

De acuerdo con el artículo 49.1 del Protocolo Adicional I, “se entiende por “ataques” los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos” (definición auténtica). Ataque significa “acción de combate” o empleo de la fuerza de las armas para realizar una operación militar<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> La cita textual reproducida en la sentencia del caso Galic, de 5 de diciembre de 2003 en el párrafo 44, nota 77: “In 1937, during the Spanish Civil War, Prime Minister Chamberlain, in the British House of Commons, made explicit reference to the rule forbidding attacks on the civilian population as such. In June 1938, following the German and Italian air forces operations during this conflict and similar attacks carried out by Japan in China, he stated in the House of Commons that one of the three rules or principles of international law equally applicable to air, land, or sea warfare in any armed conflict was the rule whereby “it is against international law to bomb civilians as such and to make deliberate attacks upon civilian populations.” (Reino Unido, *House of Commons Debates*, Vol. 337, 21 June 1938, cols. 937-8). This same rule was later reaffirmed by the Assembly of the League of Nations in 1938, which adopted a resolution on 30 September 1938 regarding both the Spanish Civil War and the Chinese-Japanese War, stating in general terms that “intentional bombing of civilian population is illegal” (TPIY [2003]: “Case concerning Prosecutor v. Stanislav Galic. Judgement”, 5 de diciembre de 2003 [en línea en <http://www.un.org/icty/galic/trialc/judgement/galic-tj031205e.pdf>, citado 27 may 12]).

<sup>38</sup> Sociedad de Naciones (1938): “Assembly, resolution on 30 September 1938 regarding both the Spanish Civil War and the Chinese-Japanese War”.

<sup>39</sup> TPIY (2002): “Affaire de la Procureur c. Pavle Strugar et consorts. Décision relative à l’exception préjudicielle d’incompétence déposée par la Défense”, 7 de junio de 2002 [en línea en <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>, citado 27 may 12].

<sup>40</sup> Cfr. Claude Pilloud y Jean Pictet (1986): “Article 49. Définition des attaques et champ d’application” en CICR: *Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, Ginebra: CICR-Martinus Nijhoff.

El artículo 3, letra c, del Estatuto del TPIY incrimina, como violación de las leyes o usos de la guerra, “los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos”.

El artículo 1.3, párrafos 11, 12 y 15 de la Ley belga de 16 de junio de 1993, modificada por la Ley de 10 de febrero de 1999, relativa a la represión de las violaciones graves del Derecho Internacional humanitario<sup>41</sup> y, concretamente, el párrafo 12 establecía:

12.º El hecho de lanzar un ataque sin discriminación alcanzando a la población civil o los bienes de carácter civil, a sabiendas de que este ataque causará pérdidas en vidas humanas, heridas a personas civiles o daños a los bienes de carácter civil, que resulten excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directamente obtenida, sin perjuicio de la criminalidad del ataque, cuyos efectos dañinos, aunque fueran proporcionales a la ventaja militar obtenida, sean incompatibles con los principios del Derecho de Gentes, tal como resultan de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública. (Cláusula Martens).

Son “ataques indiscriminados” los definidos y prohibidos en el artículo 51.4 y 55.5 del Protocolo Adicional I, ya que:

- o bien, “no están dirigidos contra un objeto militar concreto”;
- o que “emplean métodos o medios de combate que no puedan dirigirse contra un objetivo militar concreto”;
- o que “emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar”.

Es decir: que no distinguen adecuadamente entre combatientes y personas civiles, y entre objetivos militares y bienes civiles. Contravienen, pues, el principio de distinción, formulado en el artículo 48 del Protocolo Adicional I.

Los “ataques excesivos” contravienen, sobre todo, el principio de proporcionalidad. Asimismo, en relación con este, son contrarios al principio de precaución del artículo 57 del Protocolo Adicional I, especialmente su párrafo 2, que establece que se adoptarán las precauciones necesarias para evitar o reducir todo lo posible el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil, debiendo, quienes preparen o decidan un ataque, abstenerse de decidir (es decir, de planificar y ordenar) el ataque cuando sea de prever que causará muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista<sup>42</sup>.

El artículo 57.3 del Protocolo Adicional I establece que “cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligros para las personas civiles y los bienes de carácter civil”.

<sup>41</sup> Loi Belge relative à la represión des violations graves du droit international humanitaire, Moniteur Belge, de 23 de marzo de 1999: 9 286 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. Fernando Pignatelli y Meca (2003): *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español: consideraciones sobre el capítulo III del título XXIV del libro segundo del Código Penal*, Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica: 360.

Cabe destacar que los elementos del crimen fueron analizados por primera vez en dos casos del TPIY, en el asunto *Galic*, el Tribunal estimó que el elemento psicológico (*mens rea*) consistía en la intencionalidad, en la producción del acto incriminado (*actus reus*) a sabiendas (o constando que era imposible ignorarlo) de que personas y propiedades civiles serían atacadas más allá de las necesidades militares (*Blaskic*) o que los ataques prohibidos son aquellos dirigidos deliberadamente contra civiles u objetos civiles en el curso de un conflicto armado, que no están justificados por la necesidad militar:

42. In the *Blaskic* case the Trial Chamber observed in relation to the *actus reus* that “the attack must have caused deaths and /or serious bodily injury within the civilian population or damage to civilian property. [...] Targeting civilians or civilian property is an offence when not justified by military necessity.”<sup>43</sup> On the *mens rea* it found that “such an attack must have been conducted intentionally in the knowledge, or when it was impossible not to know, that civilians or civilian property were being targeted not through military necessity”<sup>44</sup>. The Trial Chamber in the *Kordic and Cerkez* case held that “prohibited attacks are those launched deliberately against civilians or civilian objects in the course of an armed conflict and are not justified by military necessity. They must have caused deaths and/or serious bodily injuries within the civilian population or extensive damage to civilian objects”<sup>45</sup>.

En lo relativo al asunto *Kupreskic* (14 de enero de 2000), en el párrafo 513 de la sentencia el TPIY afirma, en el marco de la doctrina objetivista que aplica el Tribunal, que el resultado de un ataque indiscriminado o desproporcionado puede ser una prueba suficiente de que iba dirigido contra la población civil, ante la realidad de sus efectos.

El cs de las Naciones Unidas ha insistido particularmente en dos aspectos fundamentales: la prohibición de los ataques sobre personas y bienes civiles, y en la responsabilidad criminal de quienes incurren en ellos. Al hilo de lo comentado, el Consejo “expresa profunda preocupación ante el hecho de que los civiles sigan constituyendo la mayoría de las víctimas de los actos de violencia cometidos por las partes en los conflictos armados, como consecuencia de los ataques dirigidos deliberadamente contra ellos, el uso de la fuerza indiscriminado y excesivo y la violencia sexual y basada en el género”.

El cs condena todas las violaciones del Derecho Internacional, incluidos el Derecho Internacional humanitario, el derecho relativo a los derechos humanos y el derecho de los refugiados, cometidas contra civiles en situaciones de conflicto armado, exigiendo que todas las partes pertinentes pongan fin de inmediato a esas prácticas. A ese respecto, el Consejo reafirma que las partes en un conflicto armado tienen la responsabilidad primordial de adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección de los civiles afectados, en particular prestando atención a las necesidades concretas de las mujeres y los niños.

---

<sup>43</sup> TPIY (2000): “Case concerning Prosecutor v. *Blaskic*. Judgement”, 3 de marzo de 2000, párrafo 180.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> TPIY (2001): “Case concerning Prosecutor v. *Kordic*. Judgement”, 21 de febrero de 2001: 328.

Asimismo, el cs “vuelve a destacar la responsabilidad de los Estados de cumplir sus obligaciones pertinentes de poner fin a la impunidad y enjuiciar a los responsables de los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las violaciones graves del Derecho Internacional humanitario”<sup>46</sup>. En este sentido, el Consejo considera que la lucha contra la impunidad se establece como una de las actividades de carácter primordial y principal que deben acometer los Estados para tratar de proteger a las personas civiles.

Conviene tener en cuenta la decisión del TPIY, en el asunto Strugar puesto que con esta estableció que el crimen de ataque a la población civil se produce intencionalmente, es decir, con el conocimiento de que van a ser atacados personas, bienes u objetos civiles —o cuando sea imposible ignorarlo—, sin que quepa invocar la necesidad militar para justificar el ataque: “280. The offence of attacks on civilians and civilian objects was defined in earlier jurisprudence as an attack that caused deaths and/or serious bodily injury within the civilian population or damage to civilian objects, and that was “conducted intentionally in the knowledge, or when it was impossible not to know, that civilians or civilian property were being targeted not through military necessity””.

La Trial Chamber II, recordaba que la Sala de Apelaciones del TPIY ha establecido que el Derecho Internacional consuetudinario determina la prohibición absoluta de atacar a las personas y los bienes civiles, sin que pueda alegarse ninguna excepción basada en la necesidad militar:

The Appeals Chamber recently clarified some of the jurisprudence relating to the various elements of the crime. First, the Appeals Chamber rejected any exemption on the grounds of military necessity and underscored that there is an absolute prohibition on the targeting of civilians and civilian objects in customary international law. [...] Further, the Appeals Chamber confirmed that criminal responsibility for unlawful attacks requires the proof of a result, namely of the death of or injury to civilians, or damage to civilian objects. With respect to the scale of the damage required, the Appeals Chamber, while not discussing the issue in detail, appeared to endorse previous jurisprudence that damage to civilian objects be extensive<sup>47</sup>.

La hipotética presencia de combatientes enemigos en el recinto del Hotel Palestina —hipótesis que se ha demostrado falsa, sin un solo indicio y, menos aún, prueba en contra de su inexistencia— tampoco hubiera proporcionado cobertura jurídica al ataque en cuestión, puesto que como indicaba el TPIY en su citada sentencia Galic, la presencia de combatientes individuales entre la población no cambia su carácter civil. Así, una persona que no es razonable creer que es un combatiente no puede ser objeto de ataque, puesto que, en caso de sospecha, se debe obtener información fidedigna que confirme dicho carácter de combatiente y, en caso de duda, abstenerse de lanzar un ataque:

<sup>46</sup> Cs (2008): “Protección de los civiles en los conflictos armados. Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad en nombre del Consejo”, 5 898.ª reunión del cs, 27 de mayo de 2008.

<sup>47</sup> TPIY (2005): “Case concerning Prosecutor v. Strugar. Judgement”, 31 de enero de 2005, párrafo 280 [ en línea en <http://www.un.org/icty/strugar/trialc1/judgement/str-tj050131e.pdf>, citado 27 may 12].

50. The presence of individual combatants within the population does not change its civilian character<sup>48</sup>. In order to promote the protection of civilians, combatants are under the obligation to distinguish themselves at all times from the civilian population; the generally accepted practice is that they do so by wearing uniforms, or at least a distinctive sign, and by carrying their weapons openly. In certain situations it may be difficult to ascertain the status of particular persons in the population. The clothing, activity, age, or sex of a person are among the factors which may be considered in deciding whether he or she is a civilian. A person shall be considered to be a civilian for as long as there is a doubt as to his or her real status. The Commentary to Additional Protocol I explains that the presumption of civilian status concerns “persons who have not committed hostile acts, but whose status seems doubtful because of the circumstances. They should be considered to be civilians until further information is available, and should therefore not be attacked”. The Trial Chamber understands that a person shall not be made the object of attack when it is not reasonable to believe, in the circumstances of the person contemplating the attack, including the information available to the latter, that the potential target is a combatant.

La presunción es siempre favorable al carácter civil y, por tanto, a la inmunidad frente a los ataques. La misma presunción debe aplicarse estrictamente a los bienes civiles y, en este caso, al Hotel Palestina:

51. As mentioned above, in accordance with the principles of distinction and protection of the civilian population, only military objectives may be lawfully attacked. A widely accepted definition of military objectives is given by Article 52 of Additional Protocol I as “those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage”. In case of doubt as to whether an object which is normally dedicated to civilian purposes is being used to make an effective contribution to military action, it shall be presumed not to be so used. The Trial Chamber understands that such an object shall not be attacked when it is not reasonable to believe, in the circumstances of the person contemplating the attack, including the information available to the latter, that the object is being used to make an effective contribution to military action.

Estas consideraciones tienen serias consecuencias en el plano de la responsabilidad penal, puesto que un ataque indiscriminado, que causa víctimas civiles en una proporción similar o comparable a las bajas de los combatientes enemigos es, sin duda, un ataque dirigido contra los civiles: “57. As regards the first element, the Trial Chamber agrees with previous Trial Chambers that indiscriminate attacks, that is to say, attacks which strike civilians or civilian objects and military objectives without distinction, may qualify as direct attacks against civilians. It notes that indiscriminate

---

<sup>48</sup> En nota al pie, el Tribunal aclaró: “Article 50(3) of Additional Protocol I. The Commentary to this paragraph notes that: “(i)n wartime condition it is inevitable that individuals belonging to the category of combatants become intermingled with the civilian population, for example, soldiers on leave visiting their families. However, provided that these are not regular units with fairly large numbers, *this does not in any way change the civilian character of a population* [cursiva del autor].” ICRC Commentary, para. 1922”.

attacks are expressly prohibited by Additional Protocol I. This prohibition reflects a well-established rule of customary law applicable in all armed conflicts”<sup>49</sup>.

En este sentido, el Tribunal consideró en su sentencia en el asunto Jokic que el ataque que causó la muerte de dos personas civiles y heridas a otras tres personas debía ser condenado con la máxima firmeza: “16. An unlawful military attack on civilians resulting in deaths and injuries is a very serious violation of international humanitarian law. It transgresses a core principle of international humanitarian law. Grave and long-lasting consequences can be expected from shelling a populated area. The death of two civilians, and the wounding of another three, must be condemned in the strongest terms”<sup>50</sup>.

## VI. El terror contra la población civil

Como estableció el TPIY en su sentencia sobre el caso Galic, la prohibición de sembrar el terror entre la población civil es una prohibición específica dentro del marco general de la prohibición de los ataques a la población y las personas civiles (“What the second paragraph of Article 51, read as a whole, intends to say is that the prohibition against terror is a specific prohibition within the general prohibition of attack on civilians”).

La Fiscalía del TPIY sostuvo en el asunto Galic que un elemento del delito de terror es que el terror se haya producido de hecho y que haya una conexión causal entre la conducta incriminada y dicho resultado<sup>51</sup>. El terror cundió efectivamente entre los pe-

---

<sup>49</sup> En nota a pie de página el Tribunal efectuaba una serie de reflexiones sobre el uso de armas que tienen efectos indiscriminados, como ejemplos de ataques prohibidos: “Other Trial Chambers have found that attacks which employ certain means of combat which cannot discriminate between civilians and civilian objects and military objectives are tantamount to direct targeting of civilians [cursiva del autor]. For example, the *Blaskic* Trial Chamber inferred from the arms used in an attack carried out against the town of Stari Vitez that the perpetrators of the attack had wanted to target Muslim civilians, since these arms were difficult to guide accurately, their trajectory was “irregular” and non-linear, thus being likely to hit non-military targets. *Blaskic* Trial Judgement, paras 501, 512. In the *Martić* Rule 61 proceedings, the Trial Chamber regarded the use of an Orkan rocket with a cluster bomb warhead as evidence of the intent of the accused to deliberately attack the civilian population. The Chamber concluded that “in respect of its accuracy and striking force, the use of the Orkan rocket in this case was not designed to hit military target but to terrorise the civilians of Zagreb. These attacks are therefore contrary to the rules of customary and conventional international law”. The Trial Chamber based this finding on the fact that the rocket was inaccurate, it landed in an area with no military objectives nearby, it was used as an antipersonnel weapon launched against the city of Zagreb and the accused indicated he intended to attack the city, *Martić* Rule 61 Decision, paras 23-31. It is relevant to note that the International Court of Justice has stated, with regard to the obligation of States not to make civilians the object of attack, that “they must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets”, ICJ Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Report 1996, para. 78”.

<sup>50</sup> TPIY (2005): “Case concerning Prosecutor v. Miodrag Jokic. Judgement”, 18 de marzo de 2004 [en línea en <http://www.un.org/icty/pressreal/2004/p832-e.htm>, citado 27 may 12].

<sup>51</sup> “73. As an element of the offence of terror it must [...] be established that terror was *in fact caused*”. 126 In addition to proof of actual infliction of terror, the Prosecution requires a causal connection between the first and second elements (“2. Which caused [...]”). That is, there must have been not only unlawful acts and actual terror experienced by the population, but also a causal link between the acts and the terror. “[T]he

riodistas que tenían su residencia y centro de operaciones en el Hotel Palestina, puesto que tras el disparo que acabó con la vida de José Couso y Taras Protsyuk el Hotel fue desalojado.

La Fiscalía del TPIY en el asunto Galic proporcionó elementos decisivos para profundizar en el enjuiciamiento del crimen de terror contra la población civil. El Ministerio Público señalaba los tres elementos necesarios:

- actos prohibidos o amenazas de violencia;
- que causen terror entre la población;
- que se efectúen con el propósito primario de aterrorizar a la población.

70. The Prosecution submitted that the following elements constitute the crime of terror:

1. Unlawful acts or threats of violence.
2. Which caused terror to spread among the civilian population.
3. The acts or threats of violence were carried out with the primary purpose of spreading terror among the civilian population.

Respecto al tercer elemento del crimen de terror, el Tribunal estableció que, cuando no pueda probarse directamente la especial intencionalidad (*mens rea*), puede inferirse de una acumulación de indicios objetivos.

72. The “special intent requirement” (element 3) is, according to the Prosecution, the distinguishing feature of the crime of terror. The Prosecution has interpreted “primary purpose” as requiring that “the infliction of terror upon the civilian population was the predominant purpose served by the acts or threats of violence. It need not be established that the broader campaign in the Sarajevo theatre had this as its sole or only objective”. Where the special intent, or *mens rea*, cannot be proven directly, it may be “inferred from the nature, manner, timing, frequency and duration of the shelling and sniping of civilians”.

Un resumen especialmente autorizado de las aportaciones de esta sentencia a la aplicación y el desarrollo del Derecho Internacional humanitario viene proporcionada por el presidente del Tribunal, Fausto Pocar:

I will now move away from crimes against humanity and turn to consider the important finding, in the Galic case, related to terror as a war crime. The *Galic* case concerned the responsibility of Stanislav *Galic*, Commander of the Bosnian-Serb Army besieging Sarajevo from 1992 to 1994, for the campaign of shelling and sniping conducted against the civilian population of Sarajevo. This case required elaboration of the elements of the crime of ‘acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population’, which had never been adjudicated by an international tribunal prior to this case. I would like to emphasize that the crime in question is limited to the attempted terrorization of civilians in times of armed conflict and should be distinguished from terrorism in time of peace.

---

offence of unlawfully inflicting terror [...] is distinguished also by its *effect*, which in the present case was the profound psychological impact on the population” (TPIY [2003]: “Case concerning Prosecutor v. Stanislav Galic. Judgement”, 5 de diciembre de 2003, párrafo 73).



Having confirmed the Trial Chamber's findings that a campaign of attacks against the civilian population did occur in Sarajevo during the indictment period by shelling and sniping fire, the Appeals Chamber held that acts or threats of violence constitutive of the crime of terror are not limited to direct attacks or threats of direct attacks against civilians, but may also include indiscriminate or disproportionate attacks or threats thereof. The primary concern is that the acts or threats of violence be committed with the specific intent to spread terror among the civilian population. The Appeals Chamber however further affirmed that the actual terrorisation of the civilian population is not an element of the crime, and that the existence of another purpose in addition to that of spreading terror behind the acts or threats does not preclude the charge of spreading terror.

The Appeals Chamber also affirmed its jurisdiction over the crime of terror by reference on the basis of the customary international law character of the prohibition of terror against a civilian population, whose legal basis can be found in Article 51(2) of Additional Protocol I and Article 13(2) of Additional Protocol II. The Appeals Chamber noted that these articles represented an affirmation of existing customary international law at the time of their adoption. A majority of Judges further agreed that in 1992-1994—the time of the commission of the offences in question—a breach of this rule entailed individual criminal responsibility pursuant to customary international law.

The *Galic* case further addressed a number of issues concerning the conduct of hostilities, issues of particular interest in the case of conflicts affecting urban environments. The Appeals Chamber affirmed that the presence of individual combatants within the population does not *necessarily* change the fact that the ultimate character of the population remains, for legal purposes, civilian. The Appeals Chamber added, referring to its earlier pronouncement in *Blaškić*, that in order to determine whether the presence of soldiers within a civilian population deprives the population of its civilian character, a trier of fact should examine the number of soldiers, as well as whether they are on leave, in relation to the number of civilians present on the scene<sup>52</sup>.

En el caso del ataque al Hotel Palestina la naturaleza de la acción encausada y la forma en que se produjo (disparo sin que medie fuego enemigo, contra un edificio civil, habitado por civiles, dirigido a los balcones desde los que filmaban y grababan los periodistas e informadores, después de haber bombardeado la misma unidad, durante la misma mañana las instalaciones de otros medios de comunicación, a sangre fría y con premeditación...) indican que el objetivo de aterrorizar a la prensa y los medios de comunicación independientes fue el único que podía explicar tan criminal conducta.

## VII. Los ataques a periodistas y la función de los corresponsales de guerra

Los conflictos armados son la fuente principal de las violaciones de los derechos humanos, no solo de los llamados “derechos de la primera generación” (civiles y políticos), sino también y, más masivamente, de los derechos llamados de la “segunda generación” (económicos, sociales y culturales), así como de los derechos humanos

---

<sup>52</sup> TPIY (2007): “Address by Tribunal President Fausto Pocar at the Meeting of Legal Advisers of the Ministries of Foreign Affairs”, 29 de octubre de 2007.

de “tercera generación” o “derechos de la solidaridad”, como son el derecho a la paz, el derecho al desarrollo o el derecho al medio ambiente.

En estas circunstancias, los periodistas cumplen en los conflictos armados la función de testigos de la comunidad internacional y de colaboradores de la justicia. Como declaró el TPIY (caso Randal), los periodistas que informan en situaciones de conflicto posibilitan que la Comunidad Internacional tenga conocimiento de los hechos y que la opinión pública pueda ejercer su derecho a la información. No solo eso, también consiguen evitar muchos crímenes y desgracias porque sus autores potenciales saben que peligra su impunidad. Asimismo, proporcionan, como decía el Tribunal de La Haya, pruebas y testimonios sin los cuales sería imposible juzgar los crímenes de guerra, de genocidio y los crímenes contra la humanidad.

The public interest in the work of war correspondents.

The Appeals Chamber clearly found, as the Trial Chamber had expressly recognised, that there is a public interest in the work of war correspondents: “[b]oth international and national authorities support the related propositions that a vigorous press is essential to the functioning of open societies and that a too frequent and easy resort to compelled production of evidence by journalists may, in certain circumstances, hinder their ability to gather and report the news”. [...] It expressed the view that “society’s interest in protecting the integrity of the newsgathering process is particularly clear and weighty in the case of war correspondents”, and mentioned the vital role of war correspondents in keeping the public informed and providing leads to the International Tribunal.

The Appeals Chamber also found additional support in “the right to receive information that is gaining increasing recognition within the international community”, as enshrined in Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights, “in all the main international human rights instruments”, and, as expressed by the European Court of Human Rights<sup>53</sup>.

It concluded that the recognition of the important interest served by the work of war correspondents “does not rest on a perception of war correspondents as occupying some special professional category” but is rather supported by the fact that “vigorous investigation and reporting by war correspondents enables citizens of the international community to receive vital information from war zones”<sup>54</sup>.

El Tribunal citaba en apoyo de sus tesis, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que proclama: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

El desempeño de la labor periodística en un contexto de conflicto armado exige una cierta objetividad, que es difícil —o prácticamente imposible— de lograr si los

<sup>53</sup> Cfr. TEDH (1999): “Case concerning Fressoz and Roire v. France. Judgement, 21 January 1999”, Judgements, advisory opinions and published decisions, párrafo 51 (“Not only does the press have the task of imparting information and ideas on matters of public interest: the public also has a right to receive them”).

<sup>54</sup> TPIY (2002): “Case concerning Prosecutor v. Radoslav Brdjanin & Momir Talic. Decision on Interlocutory Appeal”, 5 de diciembre de 2003 [en línea en <http://www.un.org/icty/Supplement/supp38-e/talic.htm>, citado 27 may 12].

profesionales se integran o “empotran” en las tropas (*embedded*). Por ejemplo, el uso del fósforo blanco en el asedio a Faluja en Iraq se sabe gracias a un equipo de la RAI. La búsqueda de la verdad en una guerra puede ser una tarea heroica. Especialmente si, como en el conflicto de Iraq, los periodistas se acaban convirtiendo en daños colaterales, víctimas del fuego amigo o realmente, aunque no se admita, en objetivos militares, que deben ser eliminados.

El británico Terry Lloyd, cuya muerte por soldados estadounidenses cuando viajaba herido en una ambulancia, ha sido declarada ilícita en el Reino Unido (*unlawful killing*), la de Nicola Calipari (destacado miembro del servicio secreto italiano enviado para liberar y escoltar a la periodista Giuliana Sgrena), declarado Héroe Nacional en Italia y tiroteado en un control norteamericano o el pleito emprendido por la viuda del periodista de la cadena de televisión Al-Yazira muerto en Bagdad pocas horas antes del ataque al Hotel Palestina, Tariq Ayyoub, son referencias simbólicas de una batalla cruenta librada por informar de la verdad o por tratar de ocultarla por todos los medios.

En este marco tiene que situarse la entrevista a Fergal Keane<sup>55</sup> publicada por el CICR en su principal medio de estudio y difusión del Derecho Internacional humanitario: la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, en la que efectuaba las siguientes reflexiones:

Volviendo al terreno, en la última guerra en Iraq, durante los últimos treinta meses murieron más de setenta periodistas. Para la labor periodística, ¿es imprescindible el periodismo “incorporado”, como se practica en Iraq? No estoy seguro. Había periodistas a quienes respeto, incorporados en las unidades de Marines estadounidenses. Pero quien finalmente denunció el uso de fósforo blanco en Faluja fue un grupo de documentalistas italianos. ¿Por qué les tocó hacerlo a ellos? ¿Por qué tanto tiempo después de los hechos? Nuevamente, hay una especie de inercia. A mi leal saber y entender, no estamos haciendo un seguimiento activo y apropiado de las historias de ese tipo. Si lo hiciéramos, hubiésemos descubierto esa historia. Alguien hubiera encontrado la forma de observar el sitio de Faluja desde el otro lado. Pero no fue así; en la BBC, no lo hicimos, y no sé de nadie más que lo haya hecho, aparte de los italianos, que son verdaderamente dignos de encomio.

Tan preocupante ha llegado a ser el problema de los ataques contra los periodistas y a los medios de comunicación que el CS de las Naciones Unidas adoptó su Resolución 1738 (2006), que establece:

---

<sup>55</sup> Fergal Keane es corresponsal especial de BBC News. Ha efectuado reportajes en muchas de las principales zonas de conflicto del mundo, desde Irlanda del Norte hasta Ruanda e Iraq. Aclamado por la crítica, ha recibido varios premios por sus artículos. Entre muchas otras distinciones, en 1995 fue elegido Periodista del Año, en ocasión de los Royal Television Society Awards. En 1994, su reportaje “Journey into darkness” (“Viaje a la oscuridad”), sobre el genocidio en Ruanda, realizado para el programa Panorama, mereció el premio de Amnistía Internacional para la televisión. Además, fue galardonado con el premio Index on Censorship a la integridad periodística, y recibió el premio George Orwell por su libro sobre el genocidio ruandés, titulado *Season of Blood (Temporada de sangre)*. La entrevista fue realizada el 27 de enero de 2006 por Toni Pfanner, redactor jefe de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, y Roland Huguenin-Benjamin, portavoz del CICR en Londres (Reino Unido).

*Reafirmando* que las partes en los conflictos armados tienen la responsabilidad primordial de adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección de los civiles afectados,

*Recordando* los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en particular el Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949, y sus Protocolos adicionales de 8 de junio de 1977, en particular el artículo 79 del Protocolo adicional I, que se refiere a la protección de los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado,

*Destacando* que en el Derecho Internacional humanitario existen disposiciones que prohíben los ataques intencionados contra civiles, que, en situaciones de conflicto armado, constituyen crímenes de guerra, y recordando la necesidad de que los Estados pongan fin a la impunidad de esos actos criminales,

*Recordando* que los Estados Partes en los Convenios de Ginebra tienen la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, infracciones graves de dichos Convenios, y la obligación de hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad, o pueden también entregarlas para que sean juzgadas por otro Estado interesado, si este ha formulado contra ellas cargos suficientes,

*Profundamente preocupado* por la frecuencia con que se cometen actos de violencia en muchas partes del mundo contra periodistas, profesionales de los medios de comunicación y su personal asociado en los conflictos armados, en particular ataques deliberados que contravienen el Derecho Internacional humanitario,

[...]

1. Condena los ataques intencionados contra periodistas, profesionales de los medios de comunicación y su personal asociado, como tales, en situaciones de conflicto armado y exhorta a todas las partes a que pongan fin a esas prácticas;

2. Recuerda, a este respecto, que los periodistas, los profesionales de los medios de comunicación y el personal asociado que realizan peligrosas misiones profesionales en zonas de conflicto armado deberán considerarse civiles y ser respetados y protegidos como tales, [...];

3. Recuerda también que los equipos y las instalaciones de los medios de comunicación constituyen bienes de carácter civil y, como tales, no podrán ser objeto de ataques ni represalias, a menos que sean objetivos militares;

[...]

6. Insta a los Estados y a todas las demás partes en los conflictos armados a que hagan todo lo posible por impedir que se cometan violaciones del Derecho Internacional humanitario contra civiles, incluidos los periodistas, los profesionales de los medios de comunicación y su personal asociado;

7. Destaca la responsabilidad de los Estados de cumplir las obligaciones que les impone el Derecho Internacional de poner fin a la impunidad y procesar a los responsables de cometer violaciones graves del Derecho Internacional humanitario;

8. Insta a todas las partes involucradas en situaciones de conflicto armado a que respeten la independencia profesional y los derechos de los periodistas, los profesionales de los medios de comunicación y el personal asociado, en su calidad de civiles [...]<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Cfr. cs de las Naciones Unidas (2006): "Resolución 1738 (2006), de 23 de diciembre de 2006, sobre la protección de los civiles en los conflictos armados".

En la misma línea se sitúa la Declaración de Medellín de la UNESCO (2007) que se centra, tal y como se muestra a continuación, en garantizar la seguridad de los periodistas y luchar contra la impunidad:

**Nosotros, los participantes en la Conferencia de la UNESCO sobre libertad de prensa, seguridad de los periodistas e impunidad, reunidos en Medellín (Colombia), el Día Mundial de la Libertad de Prensa, 3-4 de mayo de 2007,**

[...]

*Acogiendo* con beneplácito la aprobación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de la Resolución 1738 de 23 de diciembre de 2006, en la que se insta a todas las partes involucradas en situaciones de conflicto armado a que cumplan con las obligaciones que les impone el Derecho Internacional en cuanto a la protección de los periodistas, comprendida la necesidad de poner fin a la impunidad para los crímenes que se cometan contra ellos, [...].

[...]

**Pedimos a los Estados Miembros que:**

Investiguen todo acto de violencia perpetrado en su territorio o en el extranjero, del que hayan sido víctimas periodistas, profesionales de los medios de comunicación o sus colaboradores, cuando sus fuerzas armadas o de seguridad puedan haber participado en dicho acto;

Busquen a los presuntos autores de crímenes contra periodistas, profesionales de los medios de comunicación o personal asociado, o a quienes supuestamente hayan ordenado dichos actos, los hagan comparecer ante sus propios tribunales, independientemente de su nacionalidad, o los entreguen para que sean juzgados por otro Estado interesado, siempre que este último haya incoado una causa fundamentada contra esas personas;

Cumplan con su deber de prevenir los crímenes contra los periodistas, los profesionales de los medios de comunicación y el personal asociado, investigarlos, sancionarlos y dar protección de los testigos de cargo, y reparar sus consecuencias, de manera que dichos crímenes no queden impunes;

Adopten el principio de que no prescriben los crímenes contra las personas cuando son perpetrados para impedir el ejercicio de la libertad de información y expresión o cuando tengan por objeto la obstrucción de la justicia;

Pongan inmediatamente en libertad a los periodistas detenidos actualmente por haber ejercido libremente su profesión;

Sensibilicen y capaciten a sus fuerzas armadas y de policía para que respeten y fomenten la seguridad de los periodistas que se encuentren en situación de riesgo y garanticen que los periodistas puedan trabajar con total seguridad e independencia en su territorio; Recomienden a los organismos multilaterales y bilaterales de cooperación internacional y asistencia económica [...] que el incumplimiento por parte de un Estado de su obligación de investigar y sancionar a los asesinos de periodistas sea motivo para revisar, suspender o revocar dicha cooperación;

Firmen y ratifiquen los Protocolos Adicionales I y II de los Convenios de Ginebra, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y otros instrumentos internacionales pertinentes de Derecho Internacional humanitario y Derecho Internacional relativo a los derechos humanos, y que adopten las medidas legislativas, jurídicas y administrativas adecuadas para garantizar la aplicación de dichos instrumentos en sus países, en la medida en que otorgan protección a los civiles, en particular a los que desempeñan labores de periodismo;

Cumplan con los compromisos que establece la Resolución 29 C/29 de la UNESCO de promover la legislación orientada a investigar y juzgar a los asesinos de periodistas y combatir la impunidad;

**Pedimos a la comunidad internacional y las asociaciones profesionales que:**

[...]

Coordinen amplias campañas de publicidad acerca de los crímenes impunes contra periodistas y otros actos de violencia, con el fin de suscitar la cobertura noticiosa de todas las violaciones de la libertad de prensa [...].

El interés público de la comunidad internacional en la labor de los periodistas y demás profesionales de la comunicación está también relacionado con el derecho a la verdad, proclamado como un derecho de especial significación en el ámbito de las víctimas de las más graves violaciones del Derecho Internacional humanitario y de los derechos humanos. Como señaló la CDH de las Naciones Unidas en su Resolución 2005/66, el ejercicio efectivo del derecho a la verdad es una contribución importante no solo a la satisfacción moral de las víctimas y sus familias, sino también a la lucha contra la impunidad: “[...]the UN Commission on Human Rights (CHR), in its 61st session, to adopt Resolution 2005/66, which [r]ecognizes the importance of respecting and ensuring the right to the truth so as to contribute to ending impunity and to promote and Project human rights”.

Los artículos 32 y 33 Protocolo Adicional I (sección III, personas desaparecidas y fallecidas) prevé expresamente este derecho. En la misma línea se alinean los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones de la Resolución 60/147, de la AG:

X. Acceso a información pertinente sobre violaciones y mecanismos de reparación.

24. Los Estados han de arbitrar medios de informar al público en general, y en particular a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del Derecho Internacional humanitario, de los derechos y recursos que se tratan en los presentes principios y directrices y de todos los servicios jurídicos, médicos, psicológicos, sociales, administrativos y de otra índole a los que pueden tener derecho las víctimas.

Además, las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las violaciones graves del Derecho Internacional humanitario, así como a conocer la verdad acerca de esas violaciones.

Esta también es la posición defendida por la fiscal general del TPIY, Carla del Ponte, quien señalaba en una solemne alocución pública la importancia del riguroso escrutinio de los hechos para determinar la verdad de los mismos y sus consecuencias jurídicas, especialmente en el marco de los procesos judiciales:

The Hague Tribunal and the national courts dealing with the war crimes are in a function of truth. Famous British statesman and Prime Minister *Benjamin Disraeli (1804-1881)* liked to repeat that “Justice is truth in action”. I cannot agree more, as there is no justice without bold action and there is no acknowledged truth without justice. Indeed, as noted

on many occasions, the best way to approach the truth about events of criminal nature is through the judicial process, through fair criminal trials that explore all available evidence and covering opposing views, expert opinions and various controversial facts and data.

Judicial impartial process is especially important in the context of complex and highly contested events, like the conflicts of the 90-es in the former Yugoslavia. In the conflicts where, using the well-known words of *Oscar Wilde*, “the pure and simple truth is rarely pure and never simple”. Especially taking into account massive propaganda and distortion of the truth by the conflicting parties. As *Sir Winston Churchill* advised (and indeed he knew well!): “In wartime, truth is so precious that she should always be attended by a bodyguard of lies”.

Certainly, every single crime is a crime if proven in a court of law. And this is exactly the point. No crime should be left unattended legally by the courts, or other possible serious and responsible mechanisms, no incident of criminal nature should be left in the open vulnerable to political manipulation and nationalist propaganda<sup>57</sup>.

### VIII. Los crímenes de guerra en el Código Penal español

Según Fernando Pignatelli, para que resulten punibles, las actuaciones han de ser, siempre, dolosas, entendiendo que no se prevé sanción para la conducta imprudente. El artículo 85.3 del Protocolo Adicional I exige, como elemento común a todos los apartados, que los actos “se cometan intencionadamente”. Es decir, actuar con conciencia y voluntad, queriendo el resultado de su acción (dolo directo) o sin estar seguro del resultado, aceptándolo si llega a producirse (dolo eventual).

Para ser constitutivas de un crimen de guerra, las conductas antijurídicas contempladas en el artículo 85.3 requieren en el ordenamiento jurídico español, además de su naturaleza dolosa, producir un resultado mixto alternativo: “que causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud”. El resultado ha de ser letal o de lesiones que menoscaben la integridad corporal o la salud física o mental del sujeto pasivo (artículos 138 y 147.1, 149 y 150 del Código Penal español). Si no se produce dicho resultado no operará el principio de jurisdicción universal<sup>58</sup>.

Como ha señalado el profesor Acosta Estévez<sup>59</sup>, el artículo 611 del Código Penal tipifica como punibles una serie de conductas calificables de violaciones muy graves del Derecho Internacional humanitario. Además, prevé el concurso de delitos para todos sus supuestos, pues recoge específicamente en su inciso final “sin perjuicio de la pena que corresponda por los daños producidos”<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> TPIY (2006): “Address by Carla del Ponte, Prosecutor of the TPIY, at the International Conference. Statement. Establishing the truth in the aftermath of conflict: current initiatives and perspectives in the Western Balkans”, 5 dem de 2006 [en línea en <http://www.un.org/icty/pressreal/2006/speech/cdp-060505e.htm>].

<sup>58</sup> Cfr. *op. cit.* Fernando Pignatelli y Meca, 2003: 354-361.

<sup>59</sup> José B. Acosta Estévez (2008): “Tipicidad y antijuricidad de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado en el código penal español”, Ponencia presentada a las jornadas *El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: el caso Couso*, 14-18 de abril de 2008, Lleida: Universidad de Lleida-Cruz Roja.

<sup>60</sup> El artículo 8.2, letra a, del Estatuto de la CPI tipifica el dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades.



El sujeto activo, en calidad de autor directo, es no solo quien materialmente lleve a cabo dichas acciones, sino también quien ordene su comisión. Quien ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos será considerado como sujeto activo directo según el párrafo primero del artículo 28 del Código Penal, incluso cuando dichos ataques no llegaren a realizarse por el destinatario de la orden. Los términos *ordenar* y *decidir* son, a estos efectos, equivalentes.

El artículo 611.1, sanciona dos tipos o conjuntos de conductas:

- los ataques indiscriminados o excesivos (en concordancia con lo preceptuado en el artículo 85.3 b) y e), en relación con los artículos 41, 49, 51.4, 51.5, 57.1 y 57.2, todos ellos del Protocolo Adicional I;
- el hacer objeto a la población civil de ataques o represalias, o, con la finalidad principal de aterrorizarla, de actos o amenazas de violencia (en concordancia con el artículo 85.3 a), en relación con los artículos 49, 50, 51.2, 51.6, 57.1 a 4, todos ellos del Protocolo Adicional I y el artículo 13 del Protocolo Adicional II.

Esta tipificación castiga las violaciones de obligaciones derivadas de normas básicas relativas a la conducción de las hostilidades, como el principio de distinción (artículo 48), el de proporcionalidad (artículos 51, 57 y 85) y el de prohibición de prácticas terroristas (artículo 51), recogidos en el Protocolo Adicional I.

En relación con el artículo 611.1, el artículo 8.2, letra b y del 8.2, letra e) del Estatuto de la CPI: no se trata de un delito de resultado, sino de mera actividad, en el que no caben las formas imperfectas de ejecución, pero para que entre en juego en este primer inciso del artículo 611 el principio de jurisdicción universal, es preciso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.3 del Protocolo Adicional I que los ataques causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud de una persona civil o asimilada.

El artículo 611, segundo inciso del Código Penal comprende: tres actuaciones, cualquiera de ellas integra por sí misma el tipo; se trata de delitos de resultado; y, el sujeto pasivo tiene un carácter colectivo, plural, múltiple, pues ha de ser la “población civil”, en los términos del artículo 4.1 del cuarto Convenio de Ginebra de 1949 o, al menos, “personas civiles” en los términos del artículo 85.3, letra a del Protocolo Adicional I.

Las tres acciones típicas, cuya sanción prevé con carácter mixto alternativo, son hacer a la población civil objeto de ataques, ordenar o realizar ataques indiscriminados y ordenar o realizar ataques excesivos. Estos se describen a continuación.

*Hacer a la población civil objeto de ataques.* “Los bombardeos aéreos se realizan persiguiendo no solamente objetivos militares, muchas veces logrados, sino atacando deliberadamente poblaciones civiles con la convicción o esperanza de que los bombardeos pueden ejercer sobre la población tal sentimiento de terror que se logrará un rápido fin de la guerra, con la victoria de quien logra utilizar mejor esos métodos”<sup>61</sup>.

*Ordenar o realizar ataques indiscriminados.* El artículo 51.4 del Protocolo Adicional I dispone la prohibición de los ataques indiscriminados, entendiendo por tales los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; los que emplean métodos o medios de

---

<sup>61</sup> Miguel A. Marín Luna (1940): *La población civil y los bombardeos aéreos ante el Derecho y la opinión internacional*, México, Jus: 387 (citado por José B. Acosta Estévez en “Los tipos delictivos graves contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado en el código penal español”, capítulo del presente libro).

combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido en el protocolo; y que, en consecuencia, en cualesquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil. Asimismo, según el apartado 5, se considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataque: a) los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil; y b) los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista (principio de la proporcionalidad).

En definitiva, señala Acosta Estévez, los ataques indiscriminados son los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; los que emplean medios o métodos de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto o cuyos efectos no sea posible de limitar conforme al Protocolo Adicional I (artículo 51.4) y, en consecuencia, dichos ataques pueden alcanzar indistintamente tanto objetivos militares como personas y bienes civiles, vulnerando el principio de distinción plasmado en el artículo 48 del Protocolo Adicional I: “a fin de garantizar el respeto y la protección civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

*Ordenar o realizar ataques excesivos.* Por lo que respecta a los denominados ataques excesivos cabe observar que son contrarios al principio de proporcionalidad recogido en el artículo 57.2 del Protocolo Adicional I. En atención a este principio, quienes preparen o decidan un ataque deberán: a) tomar todas las precauciones factibles para evitar o reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que incidentalmente pudieran causar entre la población civil, así como los daños a los bienes civiles; y b) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes civiles, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Seguidamente, el apartado tercero de este artículo estipula que cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligros para las personas y bienes civiles.

## **IX. La aplicación del Derecho Internacional al ataque contra el Hotel Palestina (caso Couso)**

En cuanto al elemento objetivo (*actus reus*), el ataque incriminado (el disparo del carro de combate) causó la muerte de dos civiles y heridas de diversa consideración a

otros civiles<sup>62</sup>, así como daños a la propiedad y a los bienes civiles (instalaciones del hotel, habitaciones, equipos y material fotográfico, cámaras de filmación, micrófonos).

El ataque solo afectó a personas (periodistas) y bienes civiles sin dañar ningún objetivo militar, puesto que no lo había ni en el lugar del ataque ni en sus alrededores.

En efecto, no hubo combatientes enemigos afectados por el ataque (ni muertos, ni heridos). El ataque no destruyó ni inutilizó ninguna instalación militar ni ningún arma. Es decir; el ataque no produjo ninguna ventaja militar.

Aplicando el test del *Caroline* —doctrina de origen norteamericano<sup>63</sup>— el ataque no estaba justificado por la necesidad militar, porque no se trató de una autodefensa (no provenía ningún ataque desde el Hotel Palestina), no fue instantáneo (porque mediaron diez minutos entre el momento de apuntar al objetivo civil y el disparo), no fue una necesidad sobrevenida (porque voluntariamente se eligió el objetivo del Hotel, sin que conste que dicho objetivo fuera impuesto por la evolución del combate), no era la única opción (no había fuego contra el carro de combate en ese lapso de tiempo) y claramente hubo tiempo para deliberar.

Está claro que los autores:

- tuvieron que ver que quienes estaban en los balcones del Hotel Palestina eran civiles con cámaras de televisión;
- sabían que el disparo iba a producir víctimas (mortales, con toda probabilidad).

En cuanto al elemento subjetivo (*mens rea*), el aspecto central es la decisión de producir una consecuencia prohibida por el Derecho Internacional humanitario (ataque contra civiles desarmados, con consecuencia de muertes).

La decisión de continuar con el plan, tras las consultas y las comprobaciones efectuadas, hace que las consecuencias previstas sean intencionales.

En un primer caso (hipótesis A), porque realmente se deseaba, como política de guerra, apartar a los periodistas independientes y a los medios de comunicación internacionales del escenario del conflicto. Se trata de *dolus directus*. Muchos indicios apuntan en esa dirección y esta hipótesis es la que mejor explica los hechos, puesto que los autores o sus superiores:

- conocían la condición de bien civil del Hotel Palestina;
- sabían que estaba ocupado por varios centenares de periodistas (personas civiles);

---

<sup>62</sup> Concretamente produjo la muerte de José Couso Permuy (cámara y reportero de Telecinco, que se hallaba en el balcón de la habitación 1 403) y de Taras Protsyuk (periodista de Reuters, que se encontraba en la habitación 1 503), así como heridas de gravedad a Samia Najul (periodista libanesa), Paul Pasquale (coordinador de informativos por satélite, de nacionalidad británica) y Faleh Kheiber (fotógrafo iraquí), además de otros heridos de menor consideración, según el letrado de la CPI (Héctor Olásolo Alonso [2007]: “Análisis del caso Couso a la luz del Estatuo de Roma”. *Revista Electrónica de Derecho. Universidad de La Rioja*, vol. 5: 68).

<sup>63</sup> En el caso *Caroline* las Partes en litigio aceptaron la legitimidad de la necesidad, que se impone a toda otra consideración jurídica (textualmente, “necessity, which controls all other law”), admitiendo la prioridad de la legítima defensa (“the great law of self-defence”), que el secretario de estado Webster (Estados Unidos), en su nota de 6 de agosto de 1842, reservó para el caso de una autodefensa instantánea, sobrevenida y que no deje opción para otros medios ni tiempo para deliberar: “the necessity of that self-defence is instant, overwhelming, and living no choice of means, and no moment for deliberation” (John B. Moore (1906): *A Digest of International Law*, VIII vol., Washington: United States Government Printing Office, vol. II: 409 y ss; Cfr. Dan Webster: “Extract from note of April 24, 1841”, Webster-Ashburton Treaty. The Caroline Case, The Avalon Project at Yale University [en línea en [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/br-1842d.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp), citado 27 may 12].

- sabían que, de hecho, era el centro de prensa independiente en Bagdad;
- sabían que no había instalaciones militares enemigas en el Hotel;
- comprobaron que no se produjeron ataques provenientes del Hotel;
- vieron o fueron informados de ello, que lo periodistas están informando desde los balcones del hotel;
- confirmaron (10 minutos) los puntos relevantes de esta información;
- vieron e informaron directamente el carácter civil de los periodistas en los balcones (visor del carro de combate y otros medios de observación);
- la mayor parte de estas informaciones eran de público conocimiento e imposibles de ignorar;
- las tropas estadounidenses y sus mandos tenían información y planos sobre los objetivos militares, entre los que no figuraba el Hotel Palestina;
- no tomaron ninguna de las precauciones imperativas antes de desencadenar el ataque;
- no dieron ningún tipo de aviso a través de los múltiples medios a su disposición (telecomunicaciones, Internet, radio...), que permitiera el desalojo de los civiles;
- no efectuaron salvas o disparos de preaviso;
- no se interesaron por el resultado del ataque;
- no establecieron ningún mecanismo de socorro de las posibles víctimas.

En un segundo caso (hipótesis B), se trataría de un ataque indiscriminado y, como tal, criminalmente desproporcionado. Aquí, la intencionalidad no sería directa, puesto que el ataque, en principio, no iría dirigido a producir la muerte de los periodistas ni las heridas a otras personas civiles, ni a dañar los bienes civiles, pero el resultado sería conocido como muy probable, lo que no impidió la voluntad de realizar el ataque (*dolus eventualis*).

En este supuesto, los autores del ataque podían ignorar la ausencia de combatientes en el Hotel Palestina, también ignorarían la presencia masiva de periodistas (personas civiles). Los autores creían erróneamente y, en contra de sus sofisticados medios tecnológicos y de sus adiestrados y eficientes medios humanos, que en el Hotel había un grupo de combatientes enemigos que dirigían o “guiaban” el fuego de artillería contra sus carros de combate. Sin embargo, en esta explicación fallan muchos elementos, algunos de ellos extremadamente importantes: por ejemplo, la ausencia de fuego contra los tanques en los minutos previos al ataque, la ausencia de bajas propias en esa zona, la falta de interés por las posibles víctimas colaterales, etc. Otro resultado absurdo de esta explicación es la afirmación del Centcom de que, tras el ataque, cesó el fuego enemigo contra los carros. ¿Ese fue realmente el efecto de la muerte de José Couso y de Taras Protsiuk? ¿No es más cierto que dicho fuego había cesado mucho antes?

La Fiscalía del TPIY sostuvo, también en el caso Galic, que un ataque es ilícito si las víctimas son civiles que no toman parte activa en las hostilidades y que la presunción del artículo 50, párrafo 1 del Protocolo Adicional I es la base para determinar el estatus civil de las víctimas:

35. [...] an attack is unlawful if the victims are civilians not taking active part in hostilities, and that the presumption enshrined in Article 50(1) of Additional Protocol I is the basis

for determining a victim's civilian status<sup>64</sup>. Among the factors relevant to establishing the perpetrator's knowledge of the status of the victims are:

- (1) the physical appearance of the victims, including their gender, age, physical condition, dress and the character of the objects in their possession or close to them; and
- (2) the actions of the victims at the time they are killed or injured<sup>65</sup>.

Estas condiciones pueden y deben aplicarse al caso que nos ocupa. En cuanto al género, la edad y la condición física, José Couso y los restantes periodistas —excepto en el caso de sus compañeras de profesión presentes en algún momento en el balcón— no se diferenciaban claramente de posibles combatientes, pero en cuanto a las ropas que vestían y a los objetos que estaban en su posesión o que estaban cerca de ellos, está claro que vestían como civiles y únicamente tenían cámaras, micrófonos y otros objetos propios de su profesión periodística.

Esto era aún más claro en cuanto a sus acciones, que eran puramente de observación informativa, de filmación y registro sonoro, así como de narración de los acontecimientos, por vía telefónica.

En la misma sentencia Galic<sup>66</sup>, la Sala estableció que la existencia de un objetivo militar no es una excepción al mandato imperativo que prohíbe los ataques a las personas civiles, ni siquiera invocando la necesidad militar:

44. The Trial Chamber does not however subscribe to the view that the prohibited conduct set out in the first part of Article 51(2) of Additional Protocol I is adequately described as "targeting civilians when not justified by military necessity". This provision states in clear language that civilians and the civilian population as such should not be the object of attack. It does not mention any exceptions. In particular, it does not contemplate derogating from this rule by invoking military necessity.

45. The Trial Chamber recalls that the provision in question explicitly confirms the customary rule that civilians must enjoy general protection against the danger arising from hostilities. The prohibition against attacking civilians stems from a fundamental principle of international humanitarian law, the principle of distinction, which obliges warring parties to distinguish at all times between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly to direct their operations only against military objectives. In its Advisory Opinion on the Legality of Nuclear Weapons, the International Court of Justice described the principle of distinction, along with the principle of protection of the civilian population, as "the cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law" and stated that "States must never make civilians the object of attack".

Tampoco permite una excepción al mandato de la norma imperativa que prohíbe los ataques contra la población y las personas civiles individualmente, así como contra los bienes civiles, la existencia de combatientes mezclados entre los civiles:

---

<sup>64</sup> TPIY (2003): "Case concerning Prosecutor v. Stanislav Galic. Prosecution Response to Defence Motion to Acquittal", 5 de diciembre de 2003, párrafo 9.

<sup>65</sup> TPIY (2003): "Case concerning Prosecutor v. Stanislav Galic. Prosecution Pre-Trial Brief", 5 de diciembre de 2003, párrafo 165 [en línea en <http://www.un.org/icty/galic/trialc/judgement/foot.htm#56>, citado 27 may 12].

<sup>66</sup> Cfr. TPIY (2003): "Case concerning Prosecutor v. Stanislav Galic. Judgement", 5 de diciembre de 2003: párrafos 35, 44 y 45.

50. The presence of individual combatants within the population does not change its civilian character<sup>67</sup>. [...] In certain situations it may be difficult to ascertain the status of particular persons in the population. The clothing, activity, age, or sex of a person are among the factors which may be considered in deciding whether he or she is a civilian. A person shall be considered to be a civilian for as long as there is a doubt as to his or her real status. The Commentary to Additional Protocol I explains that the presumption of civilian status concerns “persons who have not committed hostile acts, but whose status seems doubtful because of the circumstances. They should be considered to be civilians until further information is available, and should therefore not be attacked”. The Trial Chamber understands that a person shall not be made the object of attack when it is not reasonable to believe, in the circumstances of the person contemplating the attack, including the information available to the latter, that the potential target is a combatant.

Asimismo, un edificio destinado a uso civil, como es un hotel, equivalente en su uso y funciones a un bloque de viviendas, debe presumirse que no se usa con fines militares y, en caso de duda, no debe ser atacado.

51. As mentioned above, in accordance with the principles of distinction and protection of the civilian population, only military objectives may be lawfully attacked. A widely accepted definition of military objectives is given by Article 52 of Additional Protocol I as “those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage”. In case of doubt as to whether an object which is normally dedicated to civilian purposes is being used to make an effective contribution to military action, it shall be presumed not to be so used. The Trial Chamber understands that such an object shall not be attacked when it is not reasonable to believe, in the circumstances of the person contemplating the attack, including the information available to the latter, that the object is being used to make an effective contribution to military action<sup>68</sup>.

En otro asunto con el trasfondo de ataques a personas civiles, el TPIY puso el acento en el aspecto de las precauciones que impone el principio de distinción a aquellos que planifican, conducen o ejecutan las acciones militares, enfatizando que deben adoptarse “todas las precauciones necesarias” para evitar daños a civiles:

52. It is, however, accepted that attacks aimed at military objectives, including objects and combatants, may cause “collateral civilian damage”. International customary law recognises that in the conduct of military operations during armed conflicts a distinction must be drawn at all times between persons actively taking part in the hostilities and civilian population and provides that  
— the civilian populations as such shall not be the object of military operations, and

---

<sup>67</sup> El Tribunal hacía notar en una nota a pie de página el respaldo que le proporcionaba el comentario del protocolo: “See Article 50(3) of Additional Protocol I. The Commentary to this paragraph notes that: “in war-time condition it is inevitable that individuals belonging to the category of combatants become intermingled with the civilian population, for example, soldiers on leave visiting their families. However, provided that these are not regular units with fairly large numbers, this does not in any way change the civilian character of a population.” ICRC Commentary, para. 1922”.

<sup>68</sup> Cfr. TPIY (2003): “Case concerning Prosecutor v. Stanislav Galic. Judgement”, 5 de diciembre de 2003, párrafos 50 y 51.



— every effort be made to spare the civilian populations from the ravages of war, and  
 — all necessary precautions should be taken to avoid injury, loss or damage to the civilian population<sup>69</sup>.

Un aspecto que no ofrece lugar a dudas es lo inadecuado de la investigación del incidente realizada por las autoridades norteamericanas. Como ha señalado reiteradamente el TEDH, cuando se trata de la pérdida de vidas humanas el Estado responsable (en el ámbito del convenio europeo) debe emprender una investigación que reúna una serie de características, que incluyen la independencia de las personas responsables de la investigación.

208. The obligation to protect the right to life under Article 2 of the Convention, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to "secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force (see *McCann and Others v. the United Kingdom*, cited above, p. 49, § 161, and *Kaya v. Turkey*, judgements of 19 February 1998, *Reports* 1998-I, p. 324, § 86).

209. The essential purpose of such an investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility. What form of investigation will achieve those purposes may vary in different circumstances. However, whatever mode is employed, the authorities must act of their own motion once the matter has come to their attention. They cannot leave it to the initiative of the next of kin either to lodge a formal complaint or to take responsibility for the conduct of any investigative procedures (see, for example, *mutatis mutandis*, *Ilhan v. Turkey* [GC], no. 22277/93, § 63, ECHR 2000-VII).

Se trata de unos requisitos que no cumple bajo ningún concepto la presunta investigación realizada por el propio ejército de los Estados Unidos (Centcom), cuya independencia es inexistente:

210. For an investigation into alleged unlawful killing by State agents to be effective, it may generally be regarded as necessary for the persons responsible for and carrying out the investigation to be independent from those implicated in the events (see, for example, *Güleç v. Turkey*, judgements of 27 July 1998, *Reports* 1998-IV, §§ 81-82; *Ogur v. Turkey* [GC], no. 21594/93, §§ 91-92, ECHR 1999-III). This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence (see, for example, *Ergi v. Turkey*, judgements of 28 July 1998, *Reports* 1998-IV, §§ 83-84, and the Northern Irish cases, for example, *McKerr v. the United Kingdom*, no. 28883/95, § 128, *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, cited above, § 120, and *Kelly and Others v. the United Kingdom*, no. 30054/96, § 114, ECHR 2001-III).

---

<sup>69</sup> TPIY (2001): "Case concerning Prosecutor v. Kordic. Judgement", 21 de febrero de 2001; Cfr. TPIY (2004): "Case concerning Prosecutor v. Mario Cerkez. Judgement", 17 de diciembre de 2004.



Se considera como otro aspecto fundamental a este respecto la falta de interés manifestado por las autoridades de Estados Unidos en lo que se refiere al hecho de recabar indicios y pruebas con el objetivo de alcanzar el esclarecimiento de los hechos, que suponen un crimen de guerra según los indicios y pruebas practicados en la investigación judicial en España, ignorando los múltiples testigos presenciales, que el TEDH considera indispensables:

211. The investigation must also be effective in the sense that it is capable of leading to a determination of whether the force used in such cases was or was not justified in the circumstances (for example, *Kaya v. Turkey*, cited above, p. 324, § 87) and to the identification and punishment of those responsible (*Ogur v. Turkey*, cited above, § 88). This is not an obligation of result, but of means. The authorities must have taken the reasonable steps available to them to secure evidence concerning the incident, including *inter alia* eye witness testimony, forensic evidence and, where appropriate, an autopsy which provides a complete and accurate record of injury and an objective analysis of clinical findings, including the cause of death (see, for example, *Salman v. Turkey* [GC], no. 21986/93, ECHR 2000-VII, § 106; *Tanrikulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, ECHR 1999-IV, § 109; *Gül v. Turkey*, 22676/93, § 89, 14 December 2000, unreported). Any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of death or the person or persons responsible will risk falling foul of this standard (see the Northern Irish cases concerning the inability of inquests to compel security force witnesses directly involved in the use of lethal force to give evidence, for example, *McKerr v. the United Kingdom*, cited above, § 144, and *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, cited above, § 127)<sup>70</sup>.

Paralelamente, en términos que pueden considerarse similares, se encuentran los instrumentos referenciales básicos a los que merece la pena hacer mención; esto es, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y las exigencias que impone la aplicación del PIDCP de 1966 o del cuarto Convenio de Ginebra de 1949, de los que los Estados Unidos es parte.

En este sentido, puede afirmarse que no se ha llevado a cabo una investigación efectiva y completa que, conducida a través de órganos internos solventes e independientes, incorpore las diversas aportaciones de los testigos oculares, así como las otras evidencias que puedan llevar al esclarecimiento de los hechos ocurridos en el ataque al Hotel Palestina.

## **X. La responsabilidad internacional del Estado: Estados Unidos**

Para que se produzca la responsabilidad internacional del Estado tiene que establecerse una conexión entre la obligación internacional violada y unos comportamientos atribuibles a un Estado. En caso contrario, esas violaciones pueden dar lugar a que se exija únicamente una responsabilidad penal individual, y es esta segunda posible atri-

---

<sup>70</sup> TEDH (2001): "Case concerning Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia. Judgement, 24 February 2005", Judgements, advisory opinions and published decisions, párrafos 208 a 211.

bución lo que distingue el Derecho Internacional humanitario de otros demás sectores del Derecho Internacional.

La primera cuestión que se plantea en este contexto es si un Estado es responsable del comportamiento de los miembros de sus fuerzas armadas. En el artículo 7 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos la CDI estipuló que: “El comportamiento de un órgano del Estado [...] se considerará hecho del Estado según el Derecho Internacional si tal órgano, persona [...] actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones”.

Según el artículo 3 del cuarto Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, el reglamento anexo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y el artículo 91 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, una parte en conflicto “[s]erá responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas”.

Las tres disposiciones mencionadas incluyen actos contrarios a las órdenes o instrucciones oficiales recibidas. En su comentario, la CDI consideró que la norma del Derecho Internacional humanitario ejemplifica el artículo incluido en el proyecto<sup>71</sup>. Previamente, al comentar el correspondiente artículo del proyecto aprobado en primera lectura, la CDI también había considerado la disposición de Derecho Internacional humanitario como una excepción a la norma general, como *lex specialis*, por la cual los Estados asumían la responsabilidad del comportamiento de los miembros de sus fuerzas armadas, incluso cuando estos actuaban a título particular<sup>72</sup>.

Además del elemento subjetivo de la atribución a un Estado, esos hechos deben presentar el elemento objetivo de ser ilícitos, en el sentido de que constituyan una violación de alguna disposición específica del Derecho Internacional humanitario. La responsabilidad absoluta por tales actos también se justifica por el hecho de que los soldados forman parte de una categoría particular de órganos del Estado, sobre la cual este ejerce un control más estricto que sobre otros funcionarios. Sassoli afirma con certeza que, quienes no quieren tener en cuenta que el artículo 3 del cuarto Convenio de La Haya es una *lex specialis* en relación con el artículo 7 del proyecto pueden considerar que, al menos en tiempo de guerra y en relación con hechos regidos por el Derecho Internacional humanitario, los miembros de las fuerzas armadas siempre están en servicio y nunca actúan en calidad de personas meramente privadas. Como personas privadas, nunca habrían entrado en contacto con ciudadanos enemigos ni habrían actuado en territorio enemigo.

Esta atribución de responsabilidad internacional al Estado tiene confirmación jurisprudencial. Así, la Corte IDH, en el caso Almonacid Arrellano y otros (2006), reafirmó

---

<sup>71</sup> Cfr. CDI (2001): “Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53.º período de sesiones”, AG: documentos oficiales; Marco Sassòli (2002): “La responsabilidad del Estado por las violaciones del Derecho Internacional humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 846.

<sup>72</sup> Sobre el artículo 10 del proyecto, cfr. CDI (1975): *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II: 75, párrafo 26.

este principio de responsabilidad tanto en términos generales, como en los específicos del ámbito interamericano:

173. [...] es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>73</sup>.

La misma Corte IDH también se ha pronunciado sobre el uso de una fuerza militar desproporcionada que causó víctimas de manera injustificada: Así, en el caso *Neira Alegría y otros*, afirmaba:

63. Se considera innecesario analizar si los funcionarios y autoridades que tomaron parte en la debelación del motín actuaron o no dentro de sus funciones y de acuerdo con su derecho interno, ya que la responsabilidad de los actos de los funcionarios del Gobierno es imputable al Estado con independencia de que hayan actuado en contravención de disposiciones de derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho Internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aún si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 170 y Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 179)<sup>74</sup>.

El ECOSOC de las Naciones Unidas, ha recordado al respecto, las obligaciones que incumben a los Estados en materia de prevención, investigación y persecución de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Así, en la Resolución 2001/22, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, declaraba:

3. Reafirma los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad enunciados en la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de 3 de diciembre de 1973, en particular los siguientes:

<sup>73</sup> Corte IDH (2006): “Caso Almonacid Arrellano y otros. Sentencia”, 26 de septiembre de 2006, párrafos 123 a 125.

<sup>74</sup> Corte IDH (1995): “Caso Neira Alegría y otros. Sentencia”, 19 de enero de 1995, párrafo 63.

Todo Estado tiene el derecho a juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas *prima facie* de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. [...]

Los Estados se prestarán mutua ayuda a los efectos de la búsqueda, detención y enjuiciamiento de las personas contra las que existan pruebas *prima facie* de haber cometido tales crímenes, y, en caso de ser estas declaradas culpables, de su castigo. Las personas contra las que existan pruebas *prima facie* de haber cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas ante un tribunal independiente e imparcial y conforme a las debidas garantías procesales y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes.

A este respecto, los Estados cooperarán entre sí en todo lo relativo a la extradición de esas personas. Las personas acusadas de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad no podrán alegar, para oponerse a su extradición, que esas medidas caen dentro del ámbito de la excepción de “delitos de carácter político”, a menos que el Estado requerido juzgue él mismo al sospechoso.

[...]

4. Afirma que los Estados tienen la obligación de cooperar en la extradición, enjuiciamiento y castigo de las personas declaradas culpables de haber cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los ex Jefes de Estado o de Gobierno, teniendo en cuenta los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y las normas del Derecho Internacional universalmente reconocidas [...] <sup>75</sup>.

Esta es también la línea seguida por la UE en sus directrices sobre la aplicación del derecho humanitario, que incide en las obligaciones de los Estados miembros de la UE al respecto y en las medidas comunes a adoptar en el plano internacional<sup>76</sup>. En este sentido, el espíritu de las directrices de la UE para fomentar la observancia del Derecho Internacional humanitario (2005), que proclaman que se velará para que no queden impunes los crímenes de guerra y que para tener un efecto disuasorio su enjuiciamiento ha de ser visible para toda la sociedad, sigue la dirección establecida por las Naciones Unidas.

## XI. La responsabilidad internacional del Estado: España

España, como Estado de derecho sometido al cumplimiento de sus obligaciones internacionales, está obligada por un conjunto de instrumentos jurídicos a “respetar y hacer respetar” los principios y normas fundamentales del Derecho Internacional

<sup>75</sup> Ecosoc (2001): “Resolución 2001/22, de 16 de agosto de 2001, sobre la cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”: 3 y ss.

<sup>76</sup> Cfr. UE (2005): “Directrices de la Unión Europea para fomentar la observancia del Derecho Internacional humanitario”. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 327: 4 y ss [en línea en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:327:0004:0007:ES:PDF>, citado 27 may 12].

humanitario, así como al cumplimiento de las disposiciones generales en materia de protección de los derechos humanos, especialmente las derivadas del CEDH.

En esta línea se pronunció claramente la CIJ cuando proclamó que la protección de los derechos humanos no cesa en situaciones de conflicto armado, sino que además, como *lex specialis*, en este contexto tan peligroso para los derechos fundamentales de las personas y, especialmente, de la población civil, los Estados deben extremar su celo en el cumplimiento estricto del derecho: “158. La Corte desea asimismo poner de relieve que el artículo 1 del Cuarto Convenio de Ginebra, disposición común a los cuatro Convenios de Ginebra, estipula que “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”. De esa disposición se desprende que todo Estado parte en dicho Convenio, sea o no parte en un conflicto determinado, tiene la obligación de hacer que se cumplan las exigencias impuestas por los instrumentos en cuestión”<sup>77</sup>.

Así, los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad enunciados en la Resolución 3074 (XXVIII) de la AG de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1973 exigen una actitud activa por parte de todos los órganos competentes del Estado en materia de “respetar y hacer respetar” los principios del Derecho Internacional humanitario y, por lo tanto, de perseguir los crímenes cometidos contra las personas protegidas.

En la misma línea se han venido pronunciado todas las instituciones internacionales, especialmente los principales órganos de la organización mundial. Así, recientemente, en la 5898.<sup>a</sup> reunión del CS, celebrada el 27 de mayo de 2008, en relación con su examen del tema titulado “Protección de los civiles en los conflictos armados”, la Presidencia del CS formuló la siguiente declaración en nombre del Consejo: “El Consejo de Seguridad vuelve a destacar la responsabilidad de los Estados de cumplir sus obligaciones pertinentes de poner fin a la impunidad y enjuiciar a los responsables de los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las violaciones graves del Derecho Internacional humanitario”<sup>78</sup>.

Los principios y normas de Derecho Internacional humanitario, así como los que rigen el ámbito más general del Derecho Internacional de los derechos humanos, tienen para España, en muchos aspectos, una concreción reforzada en el marco del CEDH y un control jurisdiccional perfeccionado por la jurisprudencia del TEDH.

En este sentido destaca el artículo 6 del CEDH, relativo al derecho a un proceso justo. A la vista de lo actuado en España para el esclarecimiento de los hechos y la exigencia de las responsabilidades jurídicas correspondientes, si las hubiere, hay que concluir, por ejemplo, que es muy discutible la posición seguida por el Ministerio Público en el marco de la causa penal seguida ante la Audiencia Nacional.

---

<sup>77</sup> CIJ, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004, párrafo 158; [http://www.icjci.org/homepage/sp/advisory/advisory\\_2004-07-09.pdf](http://www.icjci.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf).

<sup>78</sup> Consejo de Seguridad, 5 898.<sup>a</sup> sesión, Declaración de la Presidencia, Doc. S/PV. 5898 (Resumption 1), de 27 de Mayo de 2008. La Declaración: Doc. S/PRST/2008/18; <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/PRO/N08/353/67/PDF/N0835367.pdf?OpenElement>.

Ante la enorme desigualdad de medios de las partes en el proceso, el interés público exigía un enérgico esfuerzo en la dirección de la práctica de diligencias, pruebas, etc. que permitieran establecer si hubo responsabilidad penal y delimitar su alcance y contenido. Incluso, porque con frecuencia se olvida, respecto a los responsables militares y o políticos que pudieron impartir las órdenes de atacar a los periodistas independientes, hacia cuya responsabilidad pudiera apuntar el avance del proceso.

Como indica la exposición de motivos de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>79</sup>, “el artículo 124 de la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”.

Con mayor concreción, en el capítulo II, que regula las funciones del Ministerio Fiscal, su artículo 3 establece que, para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal:

1. Velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes.
2. Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los jueces y tribunales.
3. Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.
4. Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda.
5. Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas.  
[...]
9. Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social.
10. Velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.  
[...]
15. Promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales.
16. Ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico estatal le atribuya.

En el marco del actual proceso judicial derivado de la muerte de José Couso Permy en el ataque al Hotel Palestina de Bagdad, está clara la pasividad del Ministerio Público en las actuaciones dirigidas al esclarecimiento de los hechos o a la adopción de medidas cautelares (artículo 3, párrafo 5 de la ley), así como la falta de diligencia en cuanto a “velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales” (párrafo 9 del

---

<sup>79</sup> Cfr. Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1981.

mismo artículo) o a “promover el auxilio judicial previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales” (párrafo 15).

Como ha indicado el profesor Pablo Antonio Fernández Sánchez en las reflexiones que siguen<sup>80</sup>, España tiene la obligación de colaborar con las víctimas del caso Couso, incluyendo sus familiares, para solicitar y obtener de los Estados Unidos o de las autoridades iraquíes, toda su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, el castigo de los culpables y la reparación necesaria.

En este sentido, España tiene la obligación de ofrecer a los ciudadanos víctimas de la violación, incluyendo a sus víctimas colaterales y a sus familiares, la protección diplomática, es decir, el procedimiento formal de denuncia, pero también puede ofrecer su asistencia diplomática, es decir, las gestiones necesarias de los órganos del Estado, incluyendo las misiones diplomáticas, para proteger los derechos e intereses de sus ciudadanos, sin necesidad de llevar a cabo una reclamación formal.

Dicha obligación se deduce de la propia Constitución española, de la Ley orgánica de 22 de abril de 1980 del Consejo del Estado<sup>81</sup> y la Ley Orgánica de 6 de abril de 1981 sobre el defensor del pueblo<sup>82</sup>, en el marco del Real decreto 1485/1985, del artículo 1 del Real decreto 1881/1996, del artículo 1 del Real decreto 1473/2000 y del Real decreto 1416/2004, de 11 de junio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Cooperación<sup>83</sup> que son los que atribuyen al Ministerio la competencia básica para el ejercicio de esta protección diplomática de los ciudadanos españoles frente a acciones de Estados extranjeros.

Es más, si el Estado no ejerciera o ejerciera mal esta protección, la jurisprudencia española ha considerado que la administración podría ser responsable patrimonial<sup>84</sup>, imponiendo límites a la facultad de considerar o no adecuada la satisfacción equitativa ofrecida por el Estado extranjero<sup>85</sup>.

Pues bien, si la Administración española no ejerciera este derecho de protección o asistencia diplomática, los familiares de Couso podrían ejercer su derecho ante los Tribunales españoles y si estos no dieran satisfacción adecuada, podría acudirse ante el TEDH.

En todo caso, la familia Couso ha llevado a cabo distintas actuaciones administrativas y judiciales cuya tramitación presenta indicios de haber ocasionado la violación de las obligaciones contraídas por España en el marco del sistema europeo de protección de los derechos humanos, que pivota sobre el CEDH y cuya tutela jurisdiccional corresponde al TEDH.

---

<sup>80</sup> Pablo Antonio Fernández Sánchez (2008): “La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos al caso Couso”, Ponencia presentada a las Jornadas *El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: el caso Couso*, 14-18 de abril de 2008, Lleida: Universidad de Lleida-Cruz Roja.

<sup>81</sup> Cfr. Boletín Oficial del Estado de 25 de abril de 1980.

<sup>82</sup> Cfr. Boletín Oficial del Estado de 7 de mayo de 1981.

<sup>83</sup> Cfr. Boletín Oficial del Estado de 12 de junio de 2004.

<sup>84</sup> Cfr. Ley de 26 de noviembre de 1992 sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (artículo 139); Boletín Oficial del Estado de 27 de noviembre de 1992; sentencia del Tribunal Supremo de 16 noviembre de 1974; y sentencia del Tribunal Supremo de 29 diciembre de 1986.

<sup>85</sup> Dictamen del Consejo de Estado número 55 576; Dictamen del Consejo de Estado n.º 42 894; sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1998.



## APÉNDICES



## APÉNDICE I. Algunos casos jurídicos relacionados con la guerra contra el Terrorismo y el conflicto de Iraq

ALBERT GALINSOGA JORDÀ

Catedrático de Derecho Internacional Público  
Catedrático Jean Monnet de Integración Europea  
Universidad de Lleida

RAÚL DEL PALACIO SANMIGUEL

Abogado  
Miembro del grupo de investigación sobre  
Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial  
Universidad de Lleida

DOMINGO SÁNCHEZ PONT

Abogado  
Colaborador del grupo de investigación sobre  
Gobernabilidad, Gobernanza y Organización Mundial  
Universidad de Lleida

SUMARIO: I. Introducción. II. Marchwood y Fairford: 1. Hechos; 2. Derecho interno aplicable; 3. La Sentencia de la House of Lords; 4. Bibliografía. III. Brian Haw: 1. Hechos; 2. Normativa británica y acción judicial; 3. Bibliografía. IV. Agustín Aguayo: 1. Hechos; 2. Derecho aplicable. Jurisdicción militar; 3. Jurisdicción civil; 4. Bibliografía. V. Ehren Watada: 1. Hechos; 2. Derecho aplicable; Jurisdicción militar; 3. Bibliografía. VI. Iraq Inquiry (Tony Blair): 1. Iraq Inquiry; 2. Audiencia de Blair en la Iraq Inquiry; 3. Bibliografía. VII. Muntazer Al Zaidi: 1. Hechos; 2. Aplicación de derecho interno iraquí; 3. Sentencia y aplicación; 4. Bibliografía. VIII. Baha Mousa: 1. Hechos; 2. Derecho aplicable. Tribunal y sentencia; 3. Apelación ante la House of Lords y sentencia; 4. Bibliografía. IX. Sgrena y Calipari: 1. Hechos; 2. Proceso ante la jurisdicción italiana; 3. Apelación y sentencia; 4. Sentencia de la Corte de Casación Penal número 31 171, de 24 de julio de 2008; 5. Bibliografía. X. Saddam Huseín: 1. Hechos. 2. Derecho aplicable y jurisdicción; 3. Estatuto del Alto Tribunal Iraquí. 5; Bibliografía. XI. Terry Lloyd: 1. Hechos; 2. Investigación de Reino Unido; 3. Bibliografía. XII. WikiLeaks: Julian Assange y Bradley Manning: 1. Hechos; 2. Actuación diplomática y judicial; 3. Bibliografía. XIII. Comentario personal de Domingo Sánchez Pont.

## I. Introducción

El presente apéndice tiene por finalidad la descripción de una serie de casos que se produjeron como consecuencia de la guerra ilícita contra Iraq. Se trata de situaciones muy diversas que tienen como factor común su estrecha relación con el conflicto: la objeción de conciencia de militares de Estados Unidos, la investigación parlamentaria ejercida por Reino Unido sobre las circunstancias que condujeron a su implicación en la guerra, la indignación del reportero iraquí que se violentó con Bush, acciones de desobediencia civil y oposición a la guerra, civiles torturados, la muerte de un agente secreto del Servicio de Información y Seguridad Militar (Sismi) de Italia, el grotesco juicio a Saddam Huseín, la muerte del periodista británico Terry Lloyd y, por último, el escándalo de las filtraciones de WikiLeaks.

Todos los casos se presentan desde una perspectiva propedéutica y no terminal. Es decir; son una base o invitación al análisis y el estudio y no una presentación exhaustiva y concluyente de análisis jurídico. Su función en el presente libro es complementar a la segunda parte, focalizada en el caso Couso, con una muestra panorámica e ilustrativa, pero muy limitada, de asuntos jurídicos derivados del desencadenamiento del conflicto.

## II. Marchwood y Fairford

### I. Hechos

Entre febrero y marzo de 2003, se produjeron en Reino Unido varias acciones de grupos pacifistas contra la guerra de Iraq. El 4 de febrero de 2003, antes de las hostilidades contra Iraq, Benjamin Ayliffe y sus 13 compañeros conocidos como el grupo Marchwood 14, entraron en el puerto militar de Marchwood (Hampshire). Algunos de ellos entraron en el puerto en barco, otros cortando la alambrada perimetral y, seguidamente, se encadenaron a los tanques u otros vehículos militares.

Valerie Swain y otras nueve personas, asaltaron la base de Fairford, practicando un agujero en la cerca perimetral, con la intención de obstaculizar o interrumpir el mantenimiento de la seguridad de la base.

Paul Milling, Margaret Jones, Phillip Pritchard, Toby Olditch y Josh Richards trataron de impedir o retrasar el despegue de los bombarderos B-52 estadounidenses de la Base Aérea de Fairford en Gloucestershire. En la noche del 13 de marzo Margaret Jones y Paul Milling irrumpieron en la base de la Royal Air Force en Fairford, causando daños a los tanques cisterna de combustible y remolques de bombeo. Instantes después, Toby Olditch y Phillip Pritchard, produjeron diversos daños en la base. El 18 de marzo 2003 tenían en su posesión útiles que pretendían utilizar para destruir o dañar la pista de aterrizaje y las aeronaves pertenecientes a las fuerzas aéreas de Estados Unidos. El mismo día, Josh Richards trató, asimismo, de prender fuego a una aeronave en dicha base. Estas personas, conocidas como el grupo Fairford 5 considerando que se iba a

producir un crimen de agresión, intentaron evitar o retrasar el despegue de los B-52, que, desde Fairford, invadirían Iraq el 20 de marzo de 2003.

## **2. Derecho interno aplicable**

Las personas componentes del grupo Fairford 5 fueron juzgadas en la Bristol Crown Court, siendo consideradas culpables el 1 de mayo de 2004. Los activistas impugnaron la decisión ante la Court of Appeal. La Corte falló que el crimen de agresión que los recurrentes alegaron que trataban de evitar no era un crimen a los efectos del artículo 3 de la Ley de derecho penal de 1967 (Criminal Law Act), y que por tanto la cuestión de la justiciabilidad no requería el examen de esta cuestión. También declaró que había una cuestión crucial a dilucidar: “¿Es el delito contra la paz y/o el crimen de agresión susceptible de ser un “crimen” en el sentido de la sección 3 de la Ley penal de 1967 y, si es así, si se puede alegar ante los tribunales en un juicio penal?”

Los manifestantes del grupo Marchwood 14 comparecieron ante el juez de distrito de la Southampton Magistrates’ Court. Argumentaron que la actividad que trataron de impedir en Marchwood no era una actividad legal, ya que constituye un crimen de agresión, según el Derecho Internacional consuetudinario y un crimen de guerra, en el sentido de los artículos 51 y 52 de la International Criminal Court Act 2001. El Tribunal dictaminó que los actos cometidos constituían un delito específico en el derecho inglés y sostuvo que las razones jurídicas no podían ser cuestionadas con elementos políticos, condenándoles a penas menores de multa por allanamiento y vandalismo. Sin embargo, el juez también consideró que el caso exigía el dictamen de la High Court para confirmar si la decisión era ajustada a derecho.

Valerie Swain y otros fueron condenados por el juez de distrito de Clark, declarando que los actos de sabotaje no estaban justificados por el derecho interno británico y que habían cometido una violación agravada en contra de la sección 68 de la Criminal Justice and Public Order Act de 1994. Los activistas del grupo Marchwood, así como Valerie Swain y sus compañeros fueron posteriormente juzgados conjuntamente en la Divisional Court, desestimándose su recurso en 2005. El Tribunal aceptó, en este caso, que estaba obligado por la sentencia de la Court of Appeal sobre el recurso del grupo Fairford 5, puesto que se trataba de situaciones de la misma naturaleza jurídica.

## **3. La sentencia de la House of Lords**

La House of Lords dictó sentencia el 29 de marzo de 2006. Los recurrentes justificaron su actuación con las siguientes alegaciones:

- 1) el Derecho Internacional consuetudinario se aplica de forma automática en Inglaterra y Gales;
- 2) el Derecho Internacional consuetudinario ha reconocido el crimen de agresión;
- 3) los crímenes reconocidos en el Derecho Internacional consuetudinario tienen que ser reconocidos y perseguidos, sin necesidad de ley nacional;

- 4) el concepto de “crimen” en la sección III de la Ley de 1967 abarca un delito establecido en el Derecho Internacional consuetudinario, como el crimen de agresión;
- 5) en consecuencia, el crimen de agresión tiene que ser reconocido como un crimen de derecho interno;
- 6) el concepto de “delito”, en la sección LXVIII (2) de la Ley de 1994 incluye un delito tipificado en el Derecho Internacional consuetudinario, como el crimen de agresión;
- 7) *delito* en la sección LXVIII (2) significa un delito en el derecho interno de Inglaterra y Gales, y el crimen de agresión es tal.

El problema jurídico planteado ante la Alta Jurisdicción británica se sustanció en los siguientes términos formulados por Bingham of Cornhill: “no se nos pide decidir si, en la preparación para hacer la guerra contra Iraq, el Reino Unido o los Estados Unidos cometieron el crimen de agresión tipificado en el Derecho Internacional, sino que debemos resolver si, en caso de que hubiera cometido, justificaría la conducta de los recurrentes, que, de otra manera, debería cualificarse de criminal”.

La House of Lords declaró que el Derecho Internacional es una de las fuentes del derecho inglés. Recordó que en 1927, la Sociedad de Naciones aprobó, unánimemente, que la guerra de agresión era un crimen internacional. La Conferencia Panamericana de 1928, realizada en La Habana, sostuvo la misma calificación de crimen internacional. El Pacto Briand-Kellogg de 1928, condenó y proscribió el recurso a la guerra como instrumento de la política internacional. Seguidamente hizo referencia a la CNU, que en su preámbulo y en el artículo 2.4, rechaza la amenaza y el uso de la fuerza. Las resoluciones de la AG 2123 (XX), de 21 de diciembre de 1965, 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970 y, especialmente, la Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, que define como acto de agresión la invasión o ataque de las fuerzas armadas de un Estado al territorio de otro Estado o cualquier ocupación militar extranjera.

La House of Lords también señaló que el Estatuto de Roma de la CPI de 1998 (artículo 5) atribuye a la CPI la competencia para enjuiciar los crímenes más graves contra la comunidad internacional en su conjunto, entre los cuales se encuentra el crimen de agresión, pero que la CPI no podrá ejercer su jurisdicción hasta que se adoptara una definición del crimen.

Los argumentos de la House of Lords partieron de una concepción altamente dualista de las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno. Según el Tribunal, el Derecho Internacional consuetudinario es aplicable en los tribunales ingleses, únicamente bajo la cobertura que proporciona la constitución. Pero, no se puede generar un paralelismo entre crímenes de guerra (reconocidos por Inglaterra) y el crimen de agresión, ya que este último no está asentado firmemente. Así, la House of Lords determinó que hacer lo contrario sería crear un nuevo tipo penal, saltando el *iter* legislativo del Parlamento. La elaboración de nuevos tipos de ilícitos es, en una democracia parlamentaria moderna, materia para que el Parlamento debata y legisle. Los crímenes de Derecho Internacional público no pueden ser objeto de recepción automática o de reconocimiento interno de los tribunales, ya que romperían el principio de tipicidad. El crimen de agresión es un delito cometido principalmente

por el propio Estado. El artículo 68 de la Ley de 1994 tiene por objeto tipificar las actividades de los particulares.

La mayoría de los manifestantes fueron procesados por los cargos de allanamiento agravado o daños criminales. Finalmente, la House of Lords recordó la formulación clásica de Max Weber, donde el derecho a utilizar la fuerza física se atribuye a otras instituciones o personas solo en la medida en que el Estado lo permita. Así como la obra de Hobbes, *Leviatán*, donde el Estado confía el poder de usar la fuerza solo a las fuerzas armadas, la policía y otros cuerpos profesionales adiestrados a tal efecto. Por ello, determinó que la ley no puede tolerar vigilantes autónomos y que el ciudadano debe utilizar métodos democráticos para persuadir al Gobierno, pero no a través de una fuerza inexcusable.

En consecuencia, como señala Villarino Villa, la House of Lords dictaminó que el crimen de agresión es un crimen de Derecho Internacional consuetudinario, que aún no ha sido tipificado por el derecho Inglés. Por ello no puede ser incorporado en el sistema jurídico inglés sin un acto legislativo. Como resultado de ello, los recurrentes no podían invocar la llamada “defensa de Núremberg” para eludir la responsabilidad en que incurrieron según la legislación interna.

#### 4. Bibliografía

- CASSESE, Antonio (2007): “On some problematical aspects of the crime of aggression”. *Leiden Journal of International Law*, vol. xx: 841-849.
- HOUSE OF LORDS (2009): sentencia de la House of Lords, 29 de marzo de 2009.
- VILLARINO VILLA, Cristina (2006): “The Crime of Aggression before the House of Lords: Chronicle of a Death Foretold”. *Journal of International Criminal Justice*, vol. iv: 866-877.

### III. Brian Haw

#### 1. Hechos

Brian Haw nació en Woodford Green, Londres. Creció en el vecindario Barking y en Whitstable, Kent. Su padre, que había sido uno de los soldados británicos que liberaron el campo de concentración Bergen-Belsen, trabajó en una oficina de apuestas. Se suicidó cuando Haw tenía 13 años. Haw trabajó como carpintero, constructor de barcos y marino mercante desde los 16 años.

Como cristiano evangélico muy comprometido, Haw visitó Irlanda del Norte durante *The Troubles*, así como también los tristemente famosos *Killing Fields* de Camboya. Haw trabajó con jóvenes con problemas en Redditch, Worcestershire, donde vivió con su esposa Kay y sus siete hijos hasta que él los dejó en 2001 para comenzar su protesta contra la agresiva política exterior seguida por el Reino Unido en Parliament Square. Sus años de acampada en la plaza estuvieron marcados



por continuas maniobras legales del Gobierno para desalojarlo del lugar y por numerosas detenciones bajo cargos como “sospecha de obstrucción a la policía”.

## 2. Normativa británica y acción judicial

Una ley específicamente diseñada para expulsarlo de la Plaza resultó estar mal redactada y no consiguió desalojarlo, aunque la policía le redujo el espacio que ocupaba. La Serious Organised Crime and Police Act 2005 (SOCPA), establecía que las manifestaciones debían contar con la autorización de la policía “en el momento de iniciarse la manifestación”. Haw afirmó que su manifestación se había iniciado antes de la aprobación de la Ley y que esta no podía tener efectos retroactivos. A pesar de que la Ley hacía referencia a las manifestaciones iniciadas antes de su entrada en vigor, esta determinación era jurídicamente problemática. Haw ganó su primer pleito, pero el Gobierno recurrió en apelación. Tras la sentencia de la Court of Appeal de 8 de mayo de 2006 —en la que el Tribunal consideró que la intención del Parlamento era claramente aplicable a todas las manifestaciones que se produjeran en la Parliament Square, independientemente de cuándo se había iniciado y estableció que Haw no estaba exento de cumplir dicha normativa—, la policía le permitió continuar su protesta bajo una lista exhaustiva de condiciones.

En 2007 Haw fue elegido ganador del premio de la cadena de noticias Channel 4 al personaje político más inspirador. Recogió el 54% de los votos emitidos por los espectadores, frente al 8% conseguido por Tony Blair y el 6% de David Cameron. Sin embargo, los procesos judiciales siguieron estando al orden del día, planteándose en alguno de ellos la compatibilidad de las pretensiones gubernamentales con los artículos 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de reunión y de asociación) del CEDH.

El 25 de mayo de 2010, el día de la ceremonia de apertura del Parlamento del Reino Unido —ahora con mayoría conservadora—, Haw fue arrestado a las 8.30 de la mañana. En septiembre de 2010, Haw fue diagnosticado de padecer un cáncer de pulmón. El 1 de enero de 2011, dejó Inglaterra para recibir tratamiento en Berlín. Haw, que se describió como un fumador empedernido, continuó fumando cigarrillos hasta su muerte, en Alemania, el 18 de junio de 2011. En declaraciones sobre la muerte de Haw, el antiguo ministro y líder laborista, Tony Benn dijo: “Brian Haw era un hombre de principios [...] su muerte marca el fin de una empresa histórica realizada por un hombre que lo dio todo para apoyar sus creencias”. Al-Yazira lo describió como un “héroe anónimo”.

## 3. Bibliografía

ENGLAND AND WALES HIGH COURT (2007): “Director of Public Prosecutions v. Haw. Transcript of the full hearing before Lord Phillips of Worth Maltravers”, 6 de agosto de 2007.

— (2009): “Haw, R (on the application of) v. Southwark Crown Court & Ors”, 3 de marzo de 2009.

## IV. Agustín Aguayo

### 1. Hechos

Agustín Aguayo nació en Guadalajara (México) y se enroló en las filas del Ejército estadounidense voluntariamente en noviembre de 2002, cuando tenía 30 años, firmando una permanencia de ocho años. Era sanitario militar desde enero de 2003. Durante este periodo, Aguayo solicitó que se le reconociera la objeción de conciencia. Mientras se estudiaba su solicitud, recibió órdenes de movilizarse. En febrero de 2004 fue enviado como paramédico a Iraq, allí fue obligado a incorporarse al frente de batalla, donde presencié las atrocidades cometidas por las fuerzas armadas, mientras que en julio de 2004 le notificaron oficialmente que su solicitud había sido rechazada. La Junta de Revisión de Objetores de Conciencia del Ejército había concluido que Aguayo no había presentado pruebas claras y convincentes de sus convicciones.

En septiembre de 2006 su unidad, la 1.<sup>a</sup> División de Infantería, que se hallaba en una base militar de Estados Unidos en Alemania, iba a ser de nuevo trasladada a Iraq. En el momento en que fueron a recogerlo dos superiores, Aguayo se escapó saltando por la ventana de su vivienda. Se negó a regresar a la zona de conflicto, se apegó al derecho de objeción de conciencia y manifestó su rechazo a participar en la guerra de en Iraq. Esto lo llevó a viajar a España y dirigirse después a México, desde donde regresó a Estados Unidos para presentarse en una base militar de California y evitar así ser considerado traidor.

En resumen, explicó el soldado mexicano-estadounidense: “No puedo empuñar un arma y disparar sobre otros seres humanos”. Sin embargo, la justicia militar estadounidense, lo reenvió a una cárcel militar de los Estados Unidos en Alemania, se negó a reconocer su derecho a la objeción de conciencia y lo acusó de desertor.

El caso de Aguayo provocó incluso la intervención de las autoridades mexicanas, cuyo Gobierno expresó su condena al proceso contra el soldado sanitario, el 21 de febrero de 2007. “Es un preso de conciencia y una nueva víctima del afán militar del presidente George W. Bush”, afirmó entonces el senador del Partido de la Revolución Democrática mexicano, Silvano Aureoles.

### 2. Derecho aplicable. Jurisdicción militar

Aguayo fue juzgado por un tribunal militar, según el cual el reconocimiento de la objeción conciencia se puede admitir cuando es sincera y profundamente arraigada. El Code of Federal Regulations (CFR), en su título xxxii, parte 75.5, letra a) establece: “Consistent with the national policy to recognize the claims of bona fide conscientious objectors in the military service, an application for classification as a conscientious objector may be approved (subject to the limitations of §75.4(a)) for any individual”.

El Ejército aplicó al caso la Army Regulation 600-43, donde la clase “1-O” de objetores de conciencia tiene derecho a la separación del Ejército, mientras que la

clase “1-A-O” continuará en el servicio militar en la condición de no combatiente, en virtud del Título 32 del Código de Reglamentos Federales en su artículo 75.3. Aguayo dijo estar en la clase “1-O”, ya que su moral no le permitía tomar la vida de otro ser humano.

El capitán Sean Foster, que tenía a su cargo al soldado Aguayo en Tikrit (Iraq), en marzo de 2004, fue designado como instructor de la solicitud, tras examinar las pruebas y testimonios, declaró que el soldado de primera clase Aguayo era absolutamente sincero en sus creencias, que se oponían a la guerra en cualquier forma, recomendado que se le concediese el estatuto de objetor de conciencia.

La solicitud se transmitió a través de la cadena de mando y el comandante de la Compañía de Aguayo recomendó la aprobación, ya que no podía desempeñar sus funciones. Sin embargo, los cuatro oficiales posteriores en la cadena de mando se opusieron a concederle el estatus de objetor de conciencia. El Staff Judge Advocate, responsable de la revisión, declaró que sus funciones como paramédico no eran incompatibles con la reciente aparición de sus creencias. Finalmente, la objeción de conciencia fue denegada por el comandante de la División.

El soldado se dirigió al Departamento del Ejército de Revisión de la Objeción de Conciencia (Department of the Army Conscientious Objector Review Board [DACORB]), que también desaprobó la objeción de conciencia en julio de 2004.

### 3. Jurisdicción civil

Aguayo, en agosto de 2005, solicitó al Tribunal del Distrito de Columbia el *hábeas corpus* para que el Ejército le reconociese el estatus de objetor de conciencia. Las partes acordaron suspender el procedimiento tras la afirmación de Aguayo de que el Ejército le impidió recurrir las decisiones negativas de la obtención del estatus de objetor. Aguayo presentó una solicitud modificada y el Ejército estuvo conforme en que el DACORB, la revisase *ex novo*.

En dicha solicitud, el soldado afirmó que había cambiado de creencias durante su entrenamiento en el Ejército, que se sentía incapaz de apuntar y disparar a otra persona. Alegó que sus convicciones eran fuertes y profundamente arraigadas a su vida personal. En sus creencias, el soldado se declaraba agnóstico pero creyente en los valores humanísticos, representados por Jesucristo, Gandhi o Martin Luther King. En agosto de 2006, el DACORB volvió a denegar la solicitud, ya que consideraba que no había una evidencia clara y convincente, de conformidad con la Army Regulation 600-43, para encuadrarlo en la clase de objetor de conciencia “1-O”.

El 14 de marzo de 2006, Aguayo presentó otro procedimiento modificado de *hábeas corpus* al Tribunal del Distrito. En abril, el Ejército se opuso a la petición y presentó el expediente administrativo, así como el memorándum del DACORB con fecha de 24 de marzo de 2006. En este memorándum se recogían las razones de la denegación de objeción de conciencia: primera, carecía de fundamento religioso; segunda, no se proporcionaba ninguna fuente determinante de su conciencia o puntos de vistas morales; tercera, subrayaba el cuestionable momento de la aplicación, antes del despliegue de la unidad.

En el momento de la testifical, Aguayo se encontraba en arresto y con cargos ante la jurisdicción militar, esto no afectó para que el Tribunal del Distrito emitiera su veredicto. En agosto de 2006, Aguayo solicitó un emplazamiento judicial para impedir su despliegue en la zona de guerra, esperando la resolución del hábeas corpus. El 24 de agosto del mismo año, el Tribunal del Distrito denegó de nuevo la petición del hábeas corpus.

Inmediatamente, en segunda instancia, el soldado solicitó un requerimiento ante la Court of Appeals del distrito de Columbia. En su apelación pidió que no se tuviera en cuenta el memorándum del DACORB, pero este se admitió como prueba. Según la Administrative Procedure Act, las agencias deben motivar las decisiones de denegación de la solicitud por escrito, ya que ello facilita la revisión judicial. Por ese motivo, la Court of Appeals tuvo en cuenta el memorándum del DACORB.

Además, según la Court of Appeals, el Título 28 del *us Code*, Sección 2241, el *hábeas corpus* tiene su propio procedimiento regido por sus propias normas, pudiendo incluir materiales adicionales a petición del juez, según el artículo 7. Por ese motivo, se aceptó el memorándum. La Court of Appeals también consideró que el memorándum se realizó con objetividad. Declaró que la calificación de objetor de conciencia también puede incluir a los reclutas voluntarios, aunque su fundamento tiene que basarse en la sinceridad y la solidez de la creencia en que se mantiene, según la sentencia de la Supreme Court, sobre el caso *Witmer* contra Estados Unidos de 1955. Pero demostrarla es carga del solicitante.

En atención a todos estos elementos, el 16 de febrero de 2007 la Court of Appeals, distrito de Columbia, dictaminó que la calificación de denegar la objeción de conciencia era conforme a derecho.

Agustín Aguayo, estaba en prisión preventiva en una base militar estadounidense de Mannheim (Alemania), a la espera de que un tribunal militar determinase su situación jurídica. En marzo de 2007 el tribunal militar estadounidense de Würzburg (sur de Alemania) condenó al soldado de origen hispano a ocho meses de prisión por desertión, aunque se había declarado objetor de conciencia. Además de la pena de prisión, Aguayo fue expulsado del Ejército sin distinciones de ningún tipo y perdió cualquier derecho a pensión militar. En cierta medida, puede considerarse una condena leve, si se tiene en cuenta que un proceso por desertión podría haberse traducido en una pena de hasta en siete años de cárcel.

Al reconoció a otros cuatro objetores de conciencia encarcelados en Estados Unidos como presos de conciencia en el contexto de la guerra de Iraq: Camilo Mejía, Abdullah Webster, Kevin Benderman y Pablo Paredes. Los cuatro fueron finalmente puestos en libertad.

#### 4. Bibliografía

- AGUAYO, Agustin (2008): "Agustin Aguayo's Statement" en Ann Wright and Susan Dixon (eds.): *Dissent: voices of conscience*, Kihei (Hawái): Koa Books: 169-71.
- JAMAIL, Dahr (2009): *The will to resist: soldiers who refuse to fight in Iraq and Afghanistan*, Chicago: Haymarket Books.

- KING, Martin Luther (1967a): "Beyond Vietnam, Address delivered to the Clergy and Laymen concerned about Vietnam", Nueva York: Riverside Church, 4 de abril;
- (1967b): "Why I am opposed to the War in Vietnam", Nueva York: Riverside Church, 30 de abril.
- RANDOL, Shaun (2009): "The conscientious objectors in Iraq: placing them in an historical context". *Nebula*, vol. vi, 1: 51-65 [en línea en <http://www.iiav.nl/eazines/web/Nebula/2009/No2/Randol2.pdf>, citado 27 may 12].
- UNITED STATES COURT OF APPEALS OF COLUMBIA CIRCUIT (2007): "Case concerning U.S. v. Aguayo", 16 de febrero de 2007 [en línea en [www.ll.georgetown.edu/federal/judicial/dc/opinions/06opinions/06-5241c.pdf](http://www.ll.georgetown.edu/federal/judicial/dc/opinions/06opinions/06-5241c.pdf), citado 27 may 12].

## **V. Ehren Watada**

### **1. Hechos**

Ehren Watada se presentó como recluta voluntario, el 20 de noviembre de 2003, debido a la inspiración patriótica imperante tras los hechos del 11S y al deseo de contribuir a garantizar la seguridad de su país. Cuando las órdenes del mando le obligaron ir a Iraq, el teniente Watada comenzó a buscar información sobre el conflicto para motivar a los soldados bajo sus órdenes, advirtiéndoles entonces que no se trataba de una guerra de autodefensa preventiva, sino una guerra de agresión. En ese momento, Watada ofreció a sus superiores, alternativamente, o bien su renuncia o bien que lo movilizasen a Afganistán, ya que en este caso se había demostrado una vinculación directa con la base del terrorismo de Al Qaeda. El ejército estadounidense se negó a aceptar ambas opciones.

El juramento militar que hizo el teniente Watada requería rehusar órdenes que consideraba ilegales, así como su lealtad a la Constitución, y no a las órdenes de la Administración Bush contrarias a ella. El 7 de junio de 2006 se negó a movilizarse a Iraq, emitiendo una declaración pública en la que consideraba la guerra de Iraq como un acto ilegal e ilegítimo, teniendo que rehusar esa orden como oficial de honor e integridad. Alegó que su desobediencia venía impuesta por el cumplimiento de la Constitución de los Estados Unidos, y, por la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales impuesta por la ONU que obliga a Estados Unidos.

### **2. Derecho aplicable. Jurisdicción militar**

El Ejército acusó al teniente de no movilizarse con su unidad a Iraq e inició un procedimiento castrense. El 16 de enero de 2007 el juez militar, John Head, de Fort Lewis (Washington) negó la motivación de la ilegalidad de la guerra para rehusar la orden. El juez sostuvo que Watada había confesado su culpa, haciendo nula toda defensa. La corte marcial mantuvo la paradoja de que un soldado tenga el deber de desobedecer

órdenes ilegales, pero que Watada no podía argumentar que la orden no era legítima, llamándola admisión de culpabilidad.

El juez Head solicitó al abogado de la acusación que planteara la anulación del juicio, por vicios, la que otorgó de inmediato. El juez propuso juzgar a Watada el 19 de marzo de 2007, por las mismas acusaciones, pero esto vulneraría el principio *non bis in ídem* protegido por la Constitución de Estados Unidos. Se tuvo que reprogramar la corte marcial para el 23 de julio de 2007.

El abogado de Watada recurrió ante el Tribunal de Apelaciones del Ejército, y, después ante un Tribunal de Distrito, donde el juez Benjamín Settle, en sentencia de 21 de octubre de 2008, dictaminó que el juez había abusado de su arbitrio y que no había lugar a tres de los cinco cargos que se le imputaban. El Ejército anunció que apelaría pero no ejerció ninguna actuación durante 18 meses. Finalmente, el Departamento de Justicia del Gobierno de Obama rechazó la apelación del Ejército.

Después de tres años tratando de declararlo culpable, el ejército de Estados Unidos terminó por ceder y permitió que el teniente Watada renunciara. A pesar de su negativa directa de una orden de movilizarse, Watada no pasó un solo día en la prisión. La Ley de servicio selectivo otorga estatus de objetor de conciencia a los que se oponen a todas las guerras por motivos de conciencia moral, pero no admite que los objetores no pueden elegir las guerras en que participan.

### 3. Bibliografía

*THE SEATTLE TIMES* (2007, 16 ene): "Primera Corte Marcial U.S v. Watada" [en línea en <http://seattletimes.nwsources.com/html/home/index.html>, citado 27 may 12].

BRECHER, Jeremy y Brendan SMITH (2009): "Ehren Watada: Free at Last", Znet [en línea en: <http://seattletimes.nwsources.com/html/home/index.html>, citado 27 may 12].

## VI. Iraq Inquiry (Tony Blair)

### 1. Iraq Inquiry

El 15 de junio de 2009 el primer ministro del Reino Unido, Gordon Brown, anunció que se crearía una comisión de investigación que sometiera a público escrutinio los principales aspectos de la actuación del país respecto de la guerra de Iraq. Esta comisión de investigación se creó oficialmente el 30 de julio de 2009, bajo el nombre de *Iraq Inquiry*. Según su presidente, John Chilcott, se trataba de una investigación que abarcaría el periodo comprendido entre el verano de 2001 y finales de julio de 2009. La comisión de investigación tenía como objetivo incluir la información más sensible y esencial para la seguridad nacional para que el Parlamento la pudiera conocer y debatir.

La comisión de investigación comenzó la apertura de las sesiones de audiencias el 24 de noviembre de 2009, parando para los comicios legislativos de 2010, hasta elaborar un informe que será público en 2011, a excepción de documentos esenciales

para la seguridad nacional. La comisión de investigación estaba compuesta por cinco miembros que fueron elegidos por Gordon Brown. El presidente de la comisión, John Chilcot, diplomático de carrera y alto funcionario; dos miembros historiadores, Lawrence Freedman y Martin Gilbert; un exembajador en Rusia y en las Naciones Unidas, Roderic Lyne, y la baronesa Usha Prashar, que, entre otros cargos, había desempeñado hasta 2005 el de First Civil Service Commissioner.

El Gobierno de Reino Unido elaboró y publicó el 29 de octubre de 2009 un protocolo para el tratamiento de la información para preservar todo aquello que fuera sensible para la seguridad nacional, los intereses de la defensa o las relaciones internacionales e intereses económicos de Reino Unido. También se establecieron limitaciones al manejo de información que afectase al principio del secreto profesional, atentara contra el desarrollo de procedimientos judiciales en curso, pusieran en peligro la vida o supusieran riesgo de daño grave para los particulares.

## **2. Audiencia de Blair en la Iraq Inquiry**

El 29 de enero de 2010 comenzó la audiencia de Tony Blair en la comisión de investigación de Iraq. El presidente de la Iraq Inquiry dejó claro que nadie estaba siendo juzgado en dicha comisión. También se aclaró que no se haría pública la correspondencia entre Blair y George W. Bush, ya que afectarían a las relaciones entre el Reino Unido y los Estados Unidos, aunque se sabía que contenía comentarios difamatorios sobre otras personas, incluyendo a Jacques Chirac.

Blair dijo que, incluso antes del 11S, Saddam ya era un problema grave. Aunque hubo intentos de establecer sanciones inteligentes, la primera acción militar que Blair había tomado estaba en contra de Saddam, se produjo ya en 1998, con motivo de la zona de exclusión aérea en Iraq. Blair dijo que no pudo conseguir apoyo para las propuestas de sanción más eficaces, como sucedió en febrero de 2001. Recordó la obligación que tenía Saddam de cumplir con las resoluciones de la ONU y que el uso de la fuerza era una opción para lograr su aplicación. Pero, Blair entendió que el 11S fue diferente y que Al Qaeda podría haber causado más muertes. Todo ello hizo cambiar la visión de riesgo del entonces primer ministro británico. Sin embargo, Lyne recordó que Saddam no estaba vinculado a Al Qaeda y que no comprendía el aumento injustificado del riesgo que suponía.

Blair negó rotundamente que existiese acuerdo secreto alguno con Bush en la reunión celebrada en Crawford en abril de 2002. Según él, no se establecieron condiciones cuando le dijo al presidente Bush que lo apoyaría para atacar a Iraq. También aseguró que se sintió frustrado por la falta de voluntad de George Bush para hacer más progresos en el Oriente Medio en 2002 y 2003. Admitió, además, que Gran Bretaña no había sido consultada sobre la decisión de disolver el ejército iraquí e imponer una desbaazificación. Blair también insistió en que los ministros de su gabinete fueron consultados correctamente sobre la política hacia Iraq.

El ex primer ministro insistió en que no se arrepentía de haber ido a la guerra en Iraq y que Bush podía haber iniciado la guerra sin necesidad del Reino Unido. Además, aseguró que era demasiado pronto para saber si fue un acierto o un error. Dijo



que habría sido poco práctico para las tropas británicas y estadounidenses permanecer en la frontera de Iraq durante meses. Aún así, comentó que los estadounidenses habían cometido errores en su planificación de la posguerra.

En cuanto a las armas de destrucción masiva, recordó sentirse frustrado por la parálisis del proceso de inspección, ya que quedó claro que Sadam no tenía intención de cooperar con los inspectores. Recordó la Resolución 1441, que establecía que se tenía que permitir el acceso a los sitios sospechosos y que científicos iraquíes fuesen entrevistados. Aseguró que si Sadam no hubiese sido derrocado en 2003, supondría una amenaza mayor ahora. También insistió en que Gran Bretaña debía tomar medidas para hacer frente a un Estado con armas de destrucción masiva, lo que representaba una amenaza.

Pese a las mentiras demostradas, pese a los movimientos sociales dentro del Reino Unido y fuera de él, la petición de paralizar la barbarie de la guerra, denunciada por las ONG y las organizaciones internacionales, la mayoría de los Estados y la opinión pública internacional, Blair no se sintió en ningún momento arrepentido por haber iniciado una guerra tan cruenta y haber dado apoyo incondicional a la política agresiva de George W. Bush.

Nota: el Iraq Inquiry todavía está sin concluir.

### 3. Bibliografía

THE IRAQ INQUIRY: <http://www.iraqinquiry.org.uk/about.aspx> [citado 27 may 12].

— (2010): “The Rt. Hon Tony Blair”, Audiencia pública, [en línea en <http://www.iraqinquiry.org.uk/media/45139/20100129-blair-final.pdf>, citado 27 may 12].

## VII. Muntazer Al Zaidi

### 1. Hechos

Un periodista de la radio y televisión iraquí, que había cubierto el sufrimiento de las víctimas, mostró el unánime sentimiento de sus conciudadanos cuando tuvo la oportunidad de asistir a una rueda de prensa dada por George W. Bush el 14 de diciembre de 2008. Muntazer Al Zaidi, de 29 años de edad, afirmó que se enfureció al ver “la sonrisa helada” del ex mandatario por el padecimiento de su país, por lo que lanzó uno de sus zapatos al presidente de Estados Unidos, gritándole “esto es el beso de despedida del pueblo iraquí, perro” e, inmediatamente después lanzó el otro zapato, exclamando: “esto es por las viudas y por los huérfanos y por todos los asesinatos en Iraq”.

Al Zaidi fue rápidamente detenido, así como sometido a tortura durante su detención inicial, ante la indignación del pueblo iraquí, quien ya le consideraba un héroe nacional. Tras el acontecimiento, el presidente de la Asociación Iraquí de Abogados se ofreció para defenderlo en el juicio y recibió un amplio apoyo en todo el mundo árabe.

## 2. Aplicación de derecho interno iraquí

El 16 de diciembre de 2008, Al Zaidi admitió la agresión contra un presidente. Un portavoz del Tribunal Penal Central de Iraq dijo que se podía enfrentar a cargos de ataque a un jefe de Estado extranjero de visita en el país. Según el artículo 223 del Código Penal iraquí, su comportamiento le podría valer entre cinco y quince años de cárcel.

El 30 de diciembre de 2008, el Tribunal Penal Central de Iraq, aplazó el juicio en espera de una apelación sobre si el incidente consistió en solo asalto o en el insulto a un líder extranjero. El cargo de asalto tiene una pena máxima de quince años de prisión, mientras que los cargos de insultar a un líder extranjero tienen una pena máxima de solo tres años. En enero de 2009, los abogados de Al Zaidi solicitaron a las autoridades suizas el asilo político, argumentando que su vida estaba en peligro en Iraq (finalmente, ya liberado, obtuvo un visado turístico para visitar dicho país en octubre del mismo año).

El juicio se inició ante el Tribunal Penal Central de Iraq el 20 de febrero de 2009 y solo duró noventa minutos. En su testimonio ante el Tribunal, Al Zaidi describió su frustración mientras Bush hablaba de victorias y logros en la conferencia de prensa. “Yo quería restaurar el orgullo de los iraquíes de cualquier manera posible, además de los que resisten por las armas”. Al Zaidi dijo que fue torturado, golpeado y que recibió descargas eléctricas durante el interrogatorio.

## 3. Sentencia y aplicación

El 12 de marzo de 2009, Al Zaidi fue condenado a tres años de prisión por agredir a un líder extranjero. Sus abogados apelaron la sentencia. Dhia Al Saadi, el jefe del equipo de defensa de Al Zaidi, sostuvo que “las sesiones del tribunal debían hacerse públicas de acuerdo con el Derecho iraquí”.

El 7 de abril de 2009, la condena fue reducida a un año de prisión. El juez Abdul Sattar al-Beeraqdar, portavoz del Consejo Superior Judicial de Iraq, dijo que el Tribunal redujo la condena ya que el periodista era joven y no tenía antecedentes penales.

Al Zaidi fue puesto en libertad el 15 de septiembre de 2009. Tras pasar nueve meses encarcelado, fue liberado por buena conducta. A su salida, alegó que había sufrido torturas durante su condena: “yo no soy un héroe, solo quería degradar a Bush, debido a la situación injusta que estamos viviendo”.

En Tikrit, se elaboró una estatua de cobre de tres metros de altura que fue dedicada a su acción. La estatua fue retirada por orden de la policía poco después.

## 4. Bibliografía

AL-YAZIRA y agencias (2008): “Bush shoe-thrower “tortured””, Al-Yazira [en línea en <http://english.aljazeera.net/news/middleeast/2008/12/2008121618330140949.html>, citado 27 may 12].

- BBC NEWS (2008): "Iraqi shoe-thrower "apologises"", BBC News [en línea en [http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle\\_east/7790318.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/7790318.stm), citado 27 may 12].
- FEDELE, Mendicino (2009, 18 ene): "L'agresseur de George Bush demande l'asile politique à la Suisse". *Tribuna de Genève* [en línea en <http://www.tdg.ch/actu/suisse/agresseur-george-bush-demande-asile-politique-suisse-2009-01-18>, citado 27 may 12].
- HOWARD, Michael (2009, 12 mar): "Iraqi shoe-thrower sentenced to three years in jail". *The Guardian* [en línea en <http://www.guardian.co.uk/world/2009/mar/12/iraqi-shoe-thrower-trial-resumes>, citado 27 may 12].
- KHALED, Abu Toameh (2008): "Iraqí que lanzó zapatos a Bush aclamado como héroe árabe". *Jerusalem Post* [en línea en <http://www.jpost.com>, citado 27 may 12].
- LONDOÑO, Ernesto y Mizher QAIS (2009, 8 abr): "Judge reduces shoe-thrower's sentence by two years". *The Washinton Post* [en línea en <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/04/07/AR2009040701515.html>, citado 27 may 12].
- WEAVER, Matthew y Mark TRAN (2008, 19 dic): "Bush shoe protester has been beaten, Iraqi judge says", *The Guardian* [en línea en <http://www.guardian.co.uk/world/2008/dec/19/iraq-georgebush>, citado 27 may 12].

## VIII. Baha Mousa

### I. Hechos

Los incidentes ocurridos en Basora, en el sur de Iraq, entre agosto y noviembre de 2003, debidos a su ocupación por el ejército de Reino Unido, conllevaron un gran número de víctimas civiles. Algunos familiares de las víctimas solicitaron que el Reino Unido reconociese su responsabilidad jurídica, acudiendo a la jurisdicción de los tribunales de Inglaterra. La jurisdicción inglesa dirimió los casos relativos a las muertes de seis civiles iraquíes:

- Hazim Jum'aa Gatteh Al-Skeini, asesinado por disparos de una patrulla militar británica el 4 de agosto de 2003;
- Waleed Sayay Muzban, fue acribillado y fatalmente herido la noche del 24 de agosto de 2003, mientras conducía un autobús. Murió al día siguiente;
- Baha Mousa era recepcionista de un hotel. El 14 de septiembre de 2003, se encontraba trabajando cuando las tropas británicas irrumpieron en su puesto de trabajo capturándolo y, detenido, fue trasladado a la base militar británica. Ahí, fue golpeado reiteradamente. Murió el 15 de septiembre de 2003, a causa de la brutalidad militar británica;
- Raid Hadi Sabir Al Musawi, murió el 6 de noviembre de 2003 a causa de los proyectiles que recibió el 26 de agosto de 2003;
- Muhammed Abdul Ridha Salim, herido gravemente, 6 de noviembre de 2003, por el asalto de un domicilio por las tropas británicas. Falleció al día siguiente;

- Hannan Mahaibas Sadde Shmailawi, tiroteada y herida gravemente el 10 de noviembre de 2003 en el Instituto de Educación, a causa del fuego cruzado de las Fuerzas Armadas de Reino Unido y resistentes iraquíes.

## **2. Derecho aplicable. Tribunal y sentencia**

En cada caso, un pariente cercano ejerció la reclamación judicial contra el secretario de Estado de Defensa británico, tratando de impugnar la oposición de este a ordenar una investigación independiente de las circunstancias de las muertes y el maltrato, así como su rechazo de la reparación debida ante la High Court de Londres. Los seis casos fueron seleccionados como casos de prueba para dar respuesta a un mayor número de reclamaciones con el mismo objeto y causa.

Los familiares alegaban que los actos enjuiciados violaron el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y, la Human Rights Act de 1998 de Reino Unido debido a que las Fuerzas Armadas operaban en circunstancias especiales en Basora. El Secretario de Estado sostuvo que no había lugar, por la circunstancia de extraterritorialidad.

En 2004, la Queen's Bench Divisional Court desestimó las reclamaciones de cinco de los casos, excepto la de Baha Mousa, indicando que el secretario de Estado tenía que aceptar esta. La Court of Appeal en 2006 argumentó que, por razones diferentes, las cinco reclamaciones caían fuera del ámbito del convenio, aceptando que, en cambio, el caso de Baha Mousa caía dentro del ámbito de aplicación de este. El secretario de Estado apoyó dicha conclusión.

## **3. Apelación ante la House of Lords y sentencia**

La House of Lords entró a examinar, en profundidad, los actos alegados por los reclamantes. Comenzó estableciendo que para que los reclamantes tengan el amparo de la Ley tienen que darse 3 condiciones:

- a) demostración de que su denuncia se inscribe dentro del ámbito de aplicación del CEDH, paso esencial para entrar en el ámbito de la Human Rights Act de 1998;
- b) justificación que entra también dentro del ámbito de aplicación de la Human Rights Act de 1998;
- c) existencia de una violación de un derecho reconocido en el CEDH.

La Human Rights Act de 1998 es una ley promulgada por el Parlamento inglés. El significado que otorgó el Parlamento a dicha ley, según la House of Lords, se dirige a la protección de los derechos humanos, con especial referencia al Convenio de Roma de 1950, el cual ratificó el Reino Unido el 8 de marzo de 1951 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Desde dicha entrada en vigor, Reino Unido no había adoptado ninguna medida para dar efecto legal interno a estas obligaciones internacionales, hasta 1998. El objeto de la Human Rights Act es, pues, la incorporación del convenio a la legislación nacional del Reino Unido.

Según la House of Lords, hay una distinción entre los derechos derivados del convenio y los derechos creados en la Human Rights Act de 1998, con referencia al Convenio de Roma. Estos dos conjuntos de derechos existen uno junto al otro. Pero tienen significativas diferencias, ya que la convención antes de 1998 no formaba parte de la ley de Reino Unido. En este sentido, los derechos son derivados de la Human Rights Act y no del convenio.

Según la jurisdicción británica, el propósito del convenio es proporcionar una estructura en la legislación nacional de los derechos garantizados que solo puede ser extensiva a los territorios de ultramar del Reino Unido. La House of Lords considera que el convenio es de carácter regional europeo, pudiendo acudir al TEDH los nacionales de los Estados contratantes. Asimismo, que no tenga aplicación extraterritorial la Human Rights Act, no quiere decir que los miembros de las Fuerzas Armadas británicas gocen de impunidad, pudiendo ser juzgados y castigados por cualquier delito contemplado en el Estatuto de la CPI. Reino Unido está obligado, además, a cumplir el Convenio de La Haya de 1907 y su reglamento. El convenio estipula que un Estado beligerante es responsable de todos los actos cometidos por los miembros de sus Fuerzas Armadas, obligado a pagar una indemnización si vulnera las disposiciones del reglamento, si el caso lo requiere.

En virtud del artículo 1 del IV Convenio de Ginebra, según la decisión de la Alta jurisdicción británica, Reino Unido está obligado a garantizar en todas las circunstancias y a prohibir el asesinato y malos tratos a personas que no participen directamente en las hostilidades. Por ende, el Protocolo Adicional I al IV Convenio de Ginebra, impone la obligación adicional de la responsabilidad civil.

Por último, la House of Lords estipuló que un Estado que tiene el control efectivo de la zona ocupada está vinculado por el cuarto Convenio de Ginebra y por el Reglamento de La Haya. En su artículo 43 establece que el Estado ocupante tomara todas las medidas a su alcance para restablecer y garantizar el orden público y la seguridad, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes del país que estaban en vigor, lo cual no sucedía, según la House of Lords, en el momento temporal, ni territorial de los hechos. Por dicho motivo, la House of Lords desestimó todos los casos, a excepción del relativo a Baha. Mousa, que se encontraba recluido en la base militar británica. Los otros cinco casos no entraban, según el Tribunal, dentro del ámbito de aplicación, ya que Reino Unido no ejercía un control efectivo de la zona fuera, en este caso Basora.

#### 4. Bibliografía

- COURT OF APPEAL (2005): "Al-Skeini and others (respondents) v. Secretary of State for Defense (appellant); Al-Skeini and others (appellants) v. Secretary of State for Defense (respondent). Judgement", 21 de diciembre de 2005.
- FELDMAN, David (2008): "The territorial scope of the Human Rights Act 1998". *The Cambridge Law Journal*, vol. LXVII, 1: 8-10.
- GALINSOGA JORDÀ, Albert (2009): "The European Court of Human Rights (2007). Introductory note", en Giuliana Ziccardi Capaldo (ed.): *The global community: Yearbook of International Law and Jurisprudence* (2008), vol. II: 1 349-1 370.

HOUSE OF LORDS (2003): "Al-Skeini and others (respondents) v. Secretary of State for Defense (appellant); Al-Skeini and others (appellants) v. Secretary of State for Defense (respondent). Consolidated Appeals. Judgement", 13 de junio de 2003 [en línea en [www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd070613/skeini-1.htm](http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd070613/skeini-1.htm), citado 27 may 12].

SIMPSON, Gerry (2007): "The Death of Baha Mousa". *Melbourne Journal of International Law*, vol. VIII, 2 [en línea en <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2007/19.html>, citado 27 may 12].

## IX. Sgrena y Calipari

### 1. Hechos

La tarde del 4 de marzo de 2005 en el *checkpoint* 541, en la intersección de la vía Vernon y de la vía Irish en dirección del aeropuerto de Bagdad, ocurrieron unos hechos que consternaron a Italia. Giuliana Sgrena había sido secuestrada en Iraq el 4 de febrero por la Organización de la Yihad Islámica después de entrevistar a los refugiados de Faluya en la Universidad de Bagdad. Los secuestradores exigían la retirada de las tropas italianas de Iraq y esta petición fue emitida por la cadena de televisión Al-Yazira, gracias a una cita tomada de un vídeo producido por el periódico *Il Manifesto*, donde recogía un testimonio de la periodista: "Me llamo Giuliana Sgrena: escribo para un periódico que se opuso a las sanciones y a la guerra contra Iraq".

Varias manifestaciones recorrieron Italia, exigiendo al Gobierno que actuase con el apoyo del Parlamento italiano. El Gobierno envió a agentes del SISMI a Iraq con el objetivo de lograr la liberación de Giuliana Sgrena. Nicola Calipari conducía las negociaciones para la liberación de la periodista y se hallaba al mando de la misión. El objetivo había sido cubierto, pero de camino al aeropuerto de Bagdad, los agentes del SISMI con Giuliana Sgrena liberada, fueron asaltados por "fuego amigo de Estados Unidos" el 4 de marzo de 2005, hiriendo a Giuliana Sgrena en el hombro y asesinando al agente secreto del SISMI de 51 años de edad, Nicola Calipari, trató de proteger la vida de Sgrena anteponiéndola a la suya propia. Los soldados americanos dirigieron un haz de luz hacia el vehículo y seguidamente dispararon entre trescientos y cuatrocientos proyectiles desde un carro blindado. Inmediatamente después, los soldados norteamericanos confiscaron las armas y teléfonos móviles, impidiendo contactar con Roma durante más de una hora, en vez de pedir ayuda inmediata para los italianos heridos.

### 2. Proceso ante la jurisdicción italiana

Las actuaciones del Gobierno de Italia se llevaron a cabo ante el Tribunal de Roma, donde el juez de instrucción (*giudice dell'udienza preliminare*) con un Decreto de 7 de febrero de 2007 planteó el juicio ante el Tribunal de lo Penal (*Corte d'assise*) de Roma, cuyo acusado era Mario Lozano, soldado de los Estados Unidos del contingente

militar desplegado en la fuerza multinacional en suelo iraquí, sirviendo de artillero en el checkpoint 541, el 4 de marzo de 2005.

Mario Lozano fue acusado de asesinato de Nicola Calipari e intento de asesinato de Andrea Carpani, funcionarios del SISMI y Giuliana Sgrena. El Tribunal de lo Criminal de Roma se declaró incompetente por razón de falta de jurisdicción para juzgarlo, en sentencia de 25 de octubre de 2007, sobre la base de una triple argumentación:

- prevalece sobre el factor de conexión de la competencia “pasiva”, el principio de Derecho Internacional consuetudinario, de la Ley del pabellón;
- es de aplicación directa (*self-executing*) la Resolución 1546, de 8 de junio de 2004 del CS de las Naciones Unidas, donde de conformidad con las disposiciones del Decreto de 27 de junio de 2004, número 17 de la APC, recae exclusivamente sobre cada Estado de la fuerza multinacional la responsabilidad de ejercer jurisdicción sobre su propio personal;
- no ha lugar a la jurisdicción concurrente de otros Estados en virtud de la conexión de territorialidad o nacionalidad de la víctima, ya que mediante el Departamento de Justicia, Estados Unidos ejerció la jurisdicción primaria, exculpando a Mario Lozano.

### 3. Apelación y sentencia

El recurso de casación no se hizo esperar contra la decisión del Tribunal de lo Criminal, interponiéndolo la fiscalía y el abogado de la demandante Sgrena. La Procura (fiscalía italiana) fundamentó la competencia de jurisdicción del Estado italiano, que coincide con el dictamen del profesor Giuseppe Cataldi (motivado a petición de la representación de Calipari), en las siguientes conclusiones:

- no existe un principio en el derecho consuetudinario internacional, llamado “ley de la bandera” o de acuerdos internacionales que establecen el reparto de competencias entre los Estados miembros que participan en la operación de la fuerza multinacional. Por tanto, no se atribuye la competencia exclusiva al Estado de envío ni tampoco este tiene la primacía sobre cualquier otro criterio de vinculación;
- la citada Resolución de la ONU 1546 de 2004 no puede considerarse de aplicación directa, y la Orden número 17 y la Orden número 100 de la APC se limitan a establecer la jurisdicción exclusiva de los Estados miembros de la fuerza multinacional, otorgando inmunidad a los funcionarios, solo en relación a la jurisdicción territorial del Estado de acogida, pero no existe inmunidad entre los miembros de la fuerza multinacional;
- diversas leyes italianas, promulgadas entre 2003 y 2007, regulan las misiones italianas en el extranjero, estableciendo la competencia de la jurisdicción penal italiana y del Tribunal de Roma para todos los delitos cometidos en territorio iraquí que afecten a los intereses del Estado o de los ciudadanos italianos;
- Estados Unidos de América no parece que hayan ejercido jurisdicción “activa” primaria sobre el caso. Ello no puede impedir el ejercicio de la jurisdicción “pasiva” de Italia sobre el caso.



Todo ello fue respaldado por el fiscal general del Estado, a instancias de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Por el contrario, la defensa del acusado se remitió al reconocimiento de la “ley del pabellón” o “de la bandera” como norma de consuetudinaria del Derecho Internacional. Se opuso a la interpretación tomada por la acusación de la Resolución 1546 de 2004 del CS en virtud del capítulo VII de la CNU y, por tanto, de aplicación directa al Estado Italiano. Además, recordó la “inmunidad funcional”, ya que Mario Lozano actuó *iure imperii* en el ejercicio de sus funciones militares en el checkpoint 541, recordando la primacía “activa” de la jurisdicción de los Estados Unidos. Por último, recordó que no se puede calificar al hecho como un “crimen internacional” ya que Mario Lozano no actuó con intensidad, arbitrariedad, odio e intencionalidad.

La Corte di Cassazione estaba llamada a responder a estas cuestiones de fondo, y, resolvió con sentencia de 24 de julio de 2008, número 31171.

#### **4. Sentencia de la Corte de Casación Penal número 31 171, de 24 de julio de 2008**

La sentencia de la Corte di Cassazione entró a valorar los argumentos jurídico-fácticos del caso Nicola Calipari y Andrea Carpani. Señaló que el contingente militar italiano, como parte de la misión humanitaria Antica Babilonia, se basa en la estabilización después del conflicto iniciado en 2003 y la reconstrucción de Iraq. El 30 de junio de 2004, se estableció la apertura de una nueva fase de transición para restaurar la independencia y la soberanía del Estado de Iraq.

La Corte di Cassazione, estableció que el régimen jurídico del contingente militar italiano, estaba bajo mando unificado de la fuerza multinacional, bajo el régimen jurídico regulado por la Resolución 1546. También recordó que, respecto de los crímenes cometidos por el territorio extranjero de Iraq en detrimento del Estado o los ciudadanos italianos que participan en las misiones, la competencia territorial es el Tribunal de Roma.

En cuanto a la Ley del pabellón, la Corte di Cassazione estableció que la progresiva limitación de dicho principio, conocido como *giurisdizione della bandiera, ubi signa et iurisdictio* o *la loi suit le drapeau*, según el cual quedaba bajo exclusiva competencia del Estado de origen, o de la bandera, cualquier hecho penalmente relevante, en la actualidad ha sido superado por el principio *ne impediatur officium*, que permite la competencia “pasiva” del Estado italiano, según la nacionalidad de las víctimas del delito.

La Corte también señaló que los crímenes de guerra se califican de graves violaciones del derecho humanitario en los conflictos armados, sobre todo los perpetrados contra la población civil, que no toma parte en las hostilidades, quedando expresamente prohibido el homicidio en todas sus formas. En este sentido, cabe destacar que el artículo 85 del Protocolo Adicional I se refiere a los graves actos perpetrados con la intención de causar la muerte o lesiones graves o a la salud de las personas implicadas en ataques contra civiles. Por otra parte, el artículo 8 del Estatuto de la CPI, establece que por “crímenes de guerra”, se entienden los actos realizados contra las personas protegidas por los Convenios de Ginebra, que constituyen “graves violaciones”, incluido el asesinato. Así lo establece la jurisprudencia mas reciente de España (sentencia

del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006 y de 6 de julio de 2010 en el caso Couso).

Además de lo explicado en el párrafo anterior, la Corte señaló, seguidamente, la existencia paralela en el orden internacional de los dos principios opuestos, de alcance general, que en cualquier conflicto en el que se plantean a la vez, debe resolverse su contradicción en un plan sistemático de coordinación y sobre la base del criterio del equilibrio de intereses. Sobre todo, primando el principio de mayor rango, que tiene el carácter de norma de *ius cogens*, siendo la garantía de que los crímenes más graves lesivos de los derechos inviolables de la libertad y la dignidad humana no quedarán impunes, por su contenido de valor meta-axiológico para la Comunidad Internacional. Quedarán, pues, en segundo plano los intereses de la igualdad soberana y no injerencia, cuando suponen la violación de los derechos fundamentales, “el punto de ruptura de ejercicio de la soberanía tolerable”, en otras palabras, del abuso de la soberanía del Estado.

Sin embargo, a pesar de la primacía de los principios de Derecho Internacional humanitario, la Corte estimó que la calificación de “crimen de guerra” no se constata en lo referente al caso enjuiciado en concreto, puesto que el checkpoint 541 había sufrido varios ataques terroristas y, el hecho de que el incidente aquí descrito se produjese con nocturnidad hizo alertar a los contingentes allí desplegados que, ante la urgencia de una necesidad real y de manera proporcional a la agresión, actuaron con correcta observancia de las órdenes y normas de intervención. Dicha acción, según el resumen de la acción jurisdiccional italiana, trató “de neutralizar el vehículo que se acercaba y que fue percibido como una amenaza por las fuerzas”. Es por esto que, el hecho no se calificó de intencional, deliberado e indiscriminado, siendo rechazado el recurso de casación.

## 5. Bibliografía

CORTE DI CASSAZIONE (2008): “Cassazione Prima Sezione Penale n. 31171”, 24 de julio de 2008, [en línea en <http://abcdiritto.it/la-cassazione-ed-il-caso-calipari>, citado 27 may 12].

CASSESE, Antonio (2008): “The Italian Court of Cassation misapprehends the notion of war crimes, the Lozano case”. *Journal of International Criminal Justice*, vol. vi, 5: 1 077-1 089.

## X. Saddam Huseín

### 1. Hechos

La intervención militar contra Iraq comenzó a partir de la cumbre de las Azores en marzo de 2003. El 13 de diciembre del mismo año, durante la guerra de ocupación, Saddam Huseín fue arrestado en un sótano en los alrededores de su localidad natal.

Murió en aplicación de la sentencia de pena de muerte dictada por un Tribunal Iraquí el 30 de diciembre de 2006.

Como señalaba AI, desde la reintroducción de la pena de muerte en Iraq (agosto de 2004), se condenaron a muerte a decenas de personas y se produjo un rápido aumento del número de ejecuciones, siendo más de 65 las personas ejecutadas en 2006, en muchos casos tras juicios injustos. En 2007 se dictaron al menos 199 condenas de muerte y se llevaron a cabo 33 ejecuciones.

En virtud de la legislación iraquí, los condenados a muerte pueden solicitar el indulto al presidente, salvo en el caso de que la condena haya sido impuesta por el Alto Tribunal Penal Iraquí, que se estableció para llevar ante la justicia a exfuncionarios acusados de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. Los procedimientos ante el Alto Tribunal Penal Iraquí, añadía AI, son invariablemente injustos y padecen de injerencias de políticos iraquíes. Se han llevado a cabo muchos de dichos procesos sin observar las garantías procesales mínimas, como en el caso señalado por AI de un juicio en que no se permitió a los abogados interrogar a los testigos de cargo, muchos de los cuales declararon sin revelar su verdadera identidad por temor a las represalias de los insurgentes.

## **2. Derecho aplicable y jurisdicción**

El juicio contra el expresidente iraquí Saddam Huseín, tres altos funcionarios del Gobierno iraquí y cuatro miembros del partido Ba'az, comenzó el 19 de octubre de 2005, imputados de crímenes de lesa humanidad cometidos en Dujail (Iraq) en 1982. Los acusados fueron procesados ante el Alto Tribunal Iraquí, creado por la APC, dirigida por los Estados Unidos, para juzgar las violaciones de los derechos humanos.

El Alto Tribunal Iraquí se configuró como el único órgano que dispone de competencias para conocer de crímenes de trascendencia universal dentro del ordenamiento jurídico iraquí (aunque se trataba de un Estado inestable que todavía estaba inmerso en un conflicto). Asimismo, sus jueces habían tenido poca o ninguna experiencia en procesos de crímenes internacionales, lo cual hizo que recibiesen una formación intensiva fuera de Iraq en materia de derecho penal internacional para poder desempeñar sus funciones.

La actuación del tribunal se caracterizó por no haber separación entre la fase de instrucción y la fase de juicio oral, desvirtuando el derecho a la práctica correcta de los medios de prueba, como la negativa a que el abogado defensor pudiera presenciar las pruebas de la investigación.

En el juicio a Saddam, una vez recayó la sentencia, fue recurrida en la Cámara de Apelación del Alto Tribunal Iraquí, compuesta por nueve jueces de apelación, incluyendo el presidente del Alto Tribunal Iraquí, siendo sin lugar a dudas una ulterior instancia contaminada. Todo ello fue criticado por el ACNUDH, así como por AI y Human Rights Watch.

Asimismo, Terry Davis, secretario general del COE, argumentó:

The trial of Saddam Hussein was a missed opportunity in a country which does not have many opportunities. It was an opportunity for Iraq to join the civilised world. The former

Iraqi dictator was a ruthless criminal who deserved to be punished, but it was wrong to kill him. [...] The death penalty is cruel and barbaric, and I call on the Iraqi authorities to abolish it. It is late, but not too late, for Iraq to join the great majority of civilised and democratic countries in the world who have already abolished the death penalty.

De la misma forma, el resto de acusados vieron vulnerados sus derechos procesales, ya que se les dotó de abogados de oficio que carecían de la preparación requerida. Asimismo, a los letrados no se les proveyó de los medios de traducción simultánea necesaria para los abogados de otra nacionalidad, como en el caso de Ramsey Clark, que representaba a Sadam Huseín. Se ha demostrado, asimismo, que muchos de ellos no pudieron comunicarse con sus clientes hasta pasado un mes de haberse iniciado las audiencias.

Se ha considerado que con el Alto Tribunal Iraquí se han vulnerado derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad en el proceso o a un tribunal competente, independiente e imparcial. Todo ello ha socavado el derecho de defensa en pro de un juicio inquisitorio, vulnerando las normas fundamentales contenidas en los instrumentos jurídicos internacionales, como el PIDCP, la Convención Interamericana o el Convenio de Roma de 1950. El proceso de Sadam Huseín y sus coacusados es el antónimo de un juicio justo con todas las garantías procesales consagradas en el Derecho Internacional consuetudinario, así como en los tratados y convenciones pertinentes.

El 5 de noviembre de 2006, Sadam Huseín fue condenado a la pena de muerte por ahorcamiento, después de ser declarado culpable por crímenes de lesa humanidad en el caso Dujail. Junto a Sadam fue también sentenciado su hermanastro, el exjefe de la Agencia Iraquí de Inteligencia, y el expresidente de los jueces de la Corte Revolucionaria. El antiguo vicepresidente de Iraq, Taha Yassin Ramadan, fue sentenciado a cadena perpetua. El resto de acusados fueron condenados a quince años de prisión y uno de ellos fue declarado inocente.

El plazo para recurrir el veredicto de la Alto Tribunal Iraquí fue de un mes, y la Cámara de Apelación rechazó la petición. El día de la ejecución de Sadam Huseín no fue elegido por casualidad, 30 de diciembre de 2006, ya que es un día sagrado para los musulmanes y se trataba de imponer la máxima humillación al exdictador, y reafirmar la victoria de Estados Unidos.

El ACNUDH condenó el juicio y Louse Arbour dijo que el Derecho Internacional proscribe la imposición de la sentencia de muerte después de un juicio que no fue imparcial, y, las leyes internacionales y sus posiciones actuales, solo permiten la imposición de la pena de muerte como una medida excepcional con rígidas limitaciones jurídicas. Este final vulnera la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.

### 3. Estatuto del Alto Tribunal Iraquí

Cabe reflexionar sobre como la APC dispuso del concepto de *acta iure imperii*. En el Estatuto del Alto Tribunal Iraquí se señala que se consideraran crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y delitos de genocidio los cometidos por un jefe de Estado o por los miembros del partido Ba'az, artículos 11 a 13. Otra paradoja reside en cómo se organizó el Alto Tribunal Iraquí. En principio, es un Tribunal independiente (artículo 1.1), pero no

deja de ser un Tribunal *ad hoc* creado por parte de las potencias vencedoras. En el apartado segundo del artículo 1 se establece una competencia exorbitante de los crímenes comprendidos entre el 17 de julio de 1968 y el 1 de mayo de 2003, en la República de Iraq u otros lugares. No deja de sorprender, que se niega el periodo de legalidad del jefe del Estado, pero se remite el Estatuto del Alto Tribunal Iraquí en su artículo 4.1 a la Ley de organización judicial y la Ley del Ministerio Público, ambas de 1979. Así como, el artículo 16 que se remite a la Ley de procedimiento penal de 1971 sobre las reglas de prueba.

Más discutible aún es como se regula el recurso casacional en el artículo 7.1, donde se controla “parcialmente” el juicio oral, por el presidente del Tribunal, el cual es el propio presidente de Casación. Una cuestión contradictoria es el artículo 22, en relación con el artículo 15. En el artículo 22 se reconoce la facultad del Alto Tribunal Iraquí de decidir sobre la responsabilidad *ex delictum* en el propio proceso penal, pero cabe preguntarse cómo queda articulado, si solo se reconoce la responsabilidad penal individual. Es decir, el artículo 15 exonera al Estado —la República de Iraq— de responder de los daños y perjuicios que recibió la población civil por los actos cometidos por el Estado, excluyendo la responsabilidad patrimonial del Estado.

Por último, exacerbado es el término de la ejecución de sentencias, artículo 27.2, siendo ejecutada como máximo en el período de treinta días siguientes a la fecha en que la sentencia sea firme. En definitiva, imposibilita la revisión por nuevos hechos.

El relator especial de la ONU sobre la independencia de los jueces y abogados, Leandro Despouy, en el informe oral sobre independencia de jueces y abogados, presentado al 61.º período de sesiones de la AG de Naciones Unidas en octubre de 2006, manifestaba:

Con relación al Tribunal Especial del Iraq, el Relator Especial reitera las reservas oportunamente expresadas con respecto al estatuto del Tribunal y a sus reglas de procedimiento, específicamente, en cuanto a la violación de principios y estándares internacionales de derechos humanos. La potestad que otorga el Estatuto de aplicar la pena capital prueba hasta qué punto se encuentra en franca trasgresión de los principios internacionales de derechos humanos [...] Preocupa también al Relator las constantes sustituciones de jueces y reitera la necesidad de adecuar el funcionamiento del Tribunal a los estándares internacionales o bien constituir un tribunal penal internacional que cuente con la cooperación de Naciones Unidas.

El 6 de noviembre de 2006 el relator especial de la ONU reiteró sus objeciones a la manera en que se llevó a cabo el juicio a Sadam Huseín, por lo que instó a no ejecutar la sentencia y pidió establecer un tribunal internacional para procesarlo. Después reiteró su propuesta de crear una instancia jurídica independiente e imparcial respaldada por la ONU que garantizara un juicio justo basado en el respeto a los derechos humanos, cuestionando la legitimidad y credibilidad del Alto Tribunal Iraquí que condenó a muerte al exlíder de ese país, puesto que fue establecido durante una ocupación que muchos ciudadanos consideran ilegal, que incluye jueces extranjeros y que es financiado básicamente por Estados Unidos. Asimismo, el relator subrayó la falta de un marco de trabajo legal que cumpliera con los principios internacionales de los derechos humanos, “en particular el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, lo que supone el derecho a defenderse”.

## 4. Bibliografía

- AI (2007): "Pena de muerte-Temor de ejecución inminente. Iraq/Estados Unidos. Ali Hassan al-Majid; Sultan Hashim Ahmad al-Ta'i; Hussain Rashid al-Tikriti", AI.
- AG (2006): "Informe oral presentado por el relator especial sobre independencia de jueces y abogados, Sr. Leandro Despouy", 61.º período de sesiones [en línea en [www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/docs/IJL-AG2006.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/docs/IJL-AG2006.doc) - 2007-10-23, citado 27 may 12].
- CPA (2003): "The statute of the Iraqi Special Tribunal", 10 de diciembre de 2003.
- CONSEJO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOSOS DE DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO (2007): "La legalidad del Juicio de Saddam Huseín", Coladiv República Dominicana [en línea en <http://www.coladiv-rd.org/cms/wp-content/uploads/2008/07/coladiv-habla-enero-2007-la-legalidad-del-juicio-de-saddam-hussein.pdf>, citado 27 may 12].
- GARDUÑO YÁÑEZ, Francisco: "Tribunal Penal Internacional para Iraq: una visión crítica", página web de Francisco Garduño Yáñez [en línea en [www.franciscogardunoyanez.com/fgarduno/escritos/tribunalpenal.pdf](http://www.franciscogardunoyanez.com/fgarduno/escritos/tribunalpenal.pdf), citado 27 may 12].
- PETERSON, Jeremy (2007): "Unpacking Show Trials: Situating the Trial of Saddam Hussein". *Harvard International Law Journal*, vol. XLVIII, 1: 257-292.

## XI. Terry Lloyd

### 1. Hechos

Terry Lloyd era un reportero británico que se unió en 1983 a la ITN News Network y desde entonces culminó una gran trayectoria profesional. En 1988 fue el primer periodista que se introdujo en Halabjah (Iraq), cuando Saddam Huseín masacró a la población kurda con armas químicas, asesinando a 5 000 civiles. Asimismo, cubrió los conflictos bélicos de la antigua Yugoslavia en los años noventa. Lloyd fue también el primer periodista en penetrar en Kosovo con ocasión del conflicto de 1999.

El 22 de marzo de 2003, cuando estaba cubriendo los incidentes que tuvieron lugar en la guerra de Iraq, como periodista independiente (reporteros que ejercen misiones peligrosas por cuenta propia, sin acompañar a las tropas de uno u otro bando), Lloyd y su equipo de dos cámaras y un intérprete fueron sorprendidos quedando atrapados por fuego cruzado en el enfrentamiento entre las fuerzas norteamericanas e iraquíes. El suceso ocurrió durante los primeros días de la guerra de Iraq, cuando Lloyd y sus compañeros se dirigían a Basora, estaban en zona de guerra y sus vehículos habían sido marcados con "PRESS", pero Lloyd no llevaba puesto el chaleco antibalas.

El equipo de ITN News Network se dirigía con dos vehículos a cruzar el puente *Shatt* en Al Basora, los soldados iraquíes se dirigieron hacia ellos abriendo fuego. Los coches hicieron un giro en U para volver hacia las fuerzas de Estados Unidos, acechados por las tropas iraquíes. Las tropas norteamericanas tenían la convicción de que todos los vehículos eran un peligro hostil móvil y abrieron fuego. Lloyd tenía un proyectil iraquí incrustado en el estómago. Fue recogido por un minibús civil que se detuvo para reco-

ger los heridos, seguidamente las tropas norteamericanas dispararon contra el minibus cuando estaba abandonando la zona, pero cuando llegó al hospital se puso de manifiesto que había sido disparado en la cabeza, al igual que su intérprete libanés, Huseín Osmam. El cámara francés, Frederic Nérac, continúa oficialmente desaparecido, presuntamente muerto. El único superviviente fue el cámara belga, Daniel Demoustier.

## 2. Investigación de Reino Unido

La policía militar británica (PGR) investigó sobre los hechos. El investigador de la PGR, Kay Roberts, se percató de que las imágenes tomadas por el periodista que estaba junto a las fuerzas armadas estadounidenses se habían modificado, eliminando los quince primeros minutos de la filmación del cámara, habiéndose obtenido la cinta meses después de las autoridades de Estados Unidos, que alegaron que era de lo único que disponían.

El 2 de octubre de 2006 se celebró un *inquest* ('investigación judicial') en Oxfordshire sobre la muerte de Lloyd, siendo asignado para dicha tarea Andrew Walker. Once días después, dictaminó su decisión, calificándola de homicidio realizado por las fuerzas armadas de Estados Unidos. Pero en la misma resolución estableció que no podía llegar a determinar a quién pertenecían los proyectiles, si eran de las fuerzas terrestres de Estados Unidos o de sus helicópteros. Las autoridades norteamericanas se negaron a cooperar judicialmente con Reino Unido en la *inquest*, ocultando los nombres de los dieciséis marines implicados en el asunto.

Andrew Walker anunció que se dirigiría al Director of Public Prosecutions, para poder presentar cargos. Pese a la resolución de Andrew Walker, el Crown Prosecution Service (Fiscalía) decidió en julio de 2008 que no disponía de pruebas suficientes para procesar a los asesinos de Lloyd.

El trato dispensado a dicha investigación llevó a una gran conmoción en Inglaterra, provocando que se planteasen por parte de los diputados preguntas al primer ministro en el Parlamento británico, como sucedió el 25 de octubre de 2006 por Menzies Campbell. Asimismo, en la Cámara de los Lores el 3 de mayo de 2007, Faulkner de Worcester pidió que los crímenes contra los periodistas se elevasen a la CPI por tratarse de crímenes de guerra.

Por otra parte, el Sindicato Nacional de Periodistas y la viuda de Lloyd, Lynn, calificaron la muerte de Lloyd de crimen de guerra por vulneración del artículo 4 del III Convenio de Ginebra de 1949, teniendo que tratar a los corresponsales de guerra como civiles en los enfrentamientos hostiles, así como permitir su libertad de expresión. Asimismo, ITN News Network el 19 de enero de 2007 publicó los nombres de los 16 marines norteamericanos.

## 3. Bibliografía

JAR COUSELO, Gonzalo (2007): *La protección de los periodistas en caso de conflicto armado*, Valencia: Tirant lo Blanch.



DAILY MAIL (2008, 28 jul): "U.S. soldier who shot ITN journalist Terry Lloyd in Iraq is in the clear". *Daily Mail* [en línea en <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1039232/No-trial-Iraq-shooting-death-ITN-journalist-Terry-Lloyd.html#ixzz0j7yRHjAn>, citado 27 may 12].

NORTH AMERICAN BROADCASTERS ASSOCIATION: "Questions that can be put to governments to promote action on journalist safety in the wake of UN Security Council Resolution 1738 (December 2006), Nabanet [en línea en <http://www.nabanet.com/wbuarea/library/Docs/Public/Parliamentary%20Questions.pdf>, citado 27 may 12].

## XII. Wikileaks: Julian Assange y Bradley Manning

### 1. Hechos

Julian Paul Assange, nacido en Australia en 1971, fue *hacker* ("pirata informático") y programador informático antes de asumir su cargo como director, asesor y redactor jefe de WikiLeaks. Estudió física y matemáticas en la Universidad de Melbourne hasta 2006, cuando empezó a implicarse profundamente en WikiLeaks. Alquiló una casa en Islandia el 30 de marzo de 2010, donde él y otros activistas trabajaron en el vídeo *Asesinato colateral*, que muestra la comisión de crímenes de guerra en Iraq.

En mayo de 2010, después de llegar a Australia, tuvo problemas con su pasaporte, aunque el 21 de junio de 2010 se presentó en una conferencia en el PE, tal como estaba programado. Fue detenido en Inglaterra el 7 de diciembre de 2010, acusado de los delitos de violación, abusos sexuales y coacción a instancias de la justicia sueca. El 24 de febrero de 2011, el juez británico Howard Riddle autorizó la extradición de Assange a Suecia, considerando que este país ofrece todas las garantías judiciales. Assange, sus defensores y sus seguidores temen que desde Suecia se facilite su extradición a Estados Unidos, donde las fuerzas ultraconservadoras han pedido que se le juzgue por espionaje y traición, lo que podría suponerle una condena a la pena de muerte.

Bradley Manning, de 22 años y cabo del Ejército de Estados Unidos, estaba destinado en una base en Iraq en donde tenía acceso a redes clasificadas del Pentágono, sin más restricciones que las de sus conocimientos del sistema de información. El militar copió cuanta información pudo de las bases de datos del Departamento de Estado para entregarla al sitio WikiLeaks de Internet, el cual los hizo públicos.

El diario *El País*, señaló diversos aspectos relativos a su personalidad y actuaciones:

era, al fin y al cabo, un *hacker* que en su día fue buscado por el FBI, famoso por haber penetrado en la red informática de *The New York Times*, haber modificado sus bases de datos y haber añadido su nombre a la lista de columnistas.

[...]

Manning logró su momento de gloria en WikiLeaks, filtrando varios documentos. Entre ellos, un ataque con helicópteros en Bagdad, en 2007, en el que fallecieron 12 civiles, entre ellos un fotógrafo y un conductor empleados por la agencia Reuters, difundido en WikiLeaks en abril. También envió otra grabación de un ataque aéreo a la localidad

afgana de Garani, en 2009, en el que murió un centenar de civiles, que no se ha llegado a colgar en esa red.

Posteriormente, Manning filtró a WikiLeaks un informe clasificado del Pentágono, de 32 páginas, en el que se tildaba a la propia página web de “amenaza al Ejército”, que se publicó en WikiLeaks en abril, y un compendio de más de 260 000 mensajes diplomáticos cifrados procedentes del Departamento de Estado.

## **2. Actuación diplomática y judicial**

El Pentágono y funcionarios del Departamento de Justicia invocaron, para dar cobertura a sus acciones en el caso WikiLeaks, la Ley de espionaje (Espionage Act) de 1917. Exigieron que Assange “retornase” todos los documentos gubernamentales en su poder, que se comprometiera a no publicar nuevos archivos y a no solicitar más material del Gobierno norteamericano. Assange respondió huyendo, pero no encontró un refugio seguro.

El comando de Investigación Criminal del Ejército estadounidense arrestó a Manning en mayo de 2010, en Bagdad. Permaneció detenido un mes en el campamento Arifjan de Kuwait, sin que se presentaran cargos. Posteriormente fue trasladado a un centro de detención en Quantico, Virginia, Estados Unidos. El Gobierno lo acusa de filtrar información —entre vídeos y documentación digital— que explican operaciones en Medio Oriente, particularmente sobre las guerras de Iraq y Afganistán. Ahora, se enfrenta a un proceso judicial que podría culminar en una pena de 52 años de cárcel.

En diciembre de 2010 Manning seguía detenido en condiciones de máxima vigilancia (Maximum Custody Detainee) y sometido a un aislamiento absoluto en unas condiciones que podrían ser consideradas como una forma de tortura. En enero de 2011 su abogado, planteó una objeción formal contra el tratamiento que está recibiendo Manning y una queja basada en el artículo 138 del Código Uniforme de Justicia Militar.

La red de apoyo a Bradley Manning pidió ayuda a WikiLeaks para costear su defensa (estimada en unos 100 000 dólares) ante las autoridades estadounidenses. El 13 de enero de 2011 Mike Gogulski, miembro fundador y directivo del comité de apoyo a Bradley Manning, agradeció a Wikileaks la donación de 15 100 dólares. Elogió también a la organización por haber cumplido con su compromiso, a pesar de las dificultades económicas que atraviesa debido a la interrupción de los servicios de pago de Visa, MasterCard y PayPal ordenada por el Gobierno estadounidense.

Amnistía Internacional ha declarado sobre el caso de Bradley Manning que “consideraría motivo de preocupación que un Gobierno intentara castigar a una persona que, por razones de conciencia y de manera responsable, hubiera publicado información con el convencimiento razonable de que esa información era prueba de violaciones de derechos humanos”.

En resumen, el problema jurídico en el marco del derecho interno estadounidense puede plantearse en los términos formulados por Jonathan Peters: “La Cons-

titución no es un “pacto suicida”. No requiere que el Gobierno tolere la libertad de expresión a cualquier precio. Sin embargo, se constata la gran fuerza que otorga la Primera Enmienda (de la Constitución de los Estados Unidos) a la libertad de expresión. Dicha fuerza debe ser reconocida por el Departamento de Justicia antes de decidir si se debe procesar WikiLeaks o Assange”.

### 3. Bibliografía

- AI (2010): “WikiLeaks y la libertad de expresión. Preguntas y respuestas”, AI: noticias [en línea en <http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/wikileaks-y-la-libertad-de-expresion-preguntas-y-respuestas>, citado 27 may 12].
- PETERS, Jonathan (2011): “WikiLeaks, the First Amendment, and the Press”, *Harvard Law & Policy Review*: hlpr Blog [en línea en <http://hlpronline.com/2011/04/wikileaks-the-first-amendment-and-the-press/#search=%22wikileaks%20criminal%20court%202011%22> citado, 27 may 12].

### XIII. Comentario personal de Domingo Sánchez Pont<sup>1</sup>

El miedo instaurado por los ataques del 11S argumentó una de las mentiras más grandes que la historia jamás ha vivido. El poder corrupto hizo temblar los principios de las Naciones Unidas, así como la Institución en sí, que no veía indicios de armas de destrucción masiva.

¿Qué sentido tiene la ONU, si ya disponemos de un Estado liberador que vela por la paz mundial, sin velar por sus “intereses propios”? La comunidad internacional, estuvo en contra del inicio de la guerra, pero unos cuantos negocios petrolíferos hicieron que ese ánimo anti-bélico quedase en el olvido.

Poco importaron los informes de los inspectores de las Naciones Unidas ni la ausencia de una Resolución que autorizara el ataque indiscriminado por unos cuantos países, ansiosos de las materias primas petrolíferas de Iraq, que dispone del 8,5% de las reservas mundiales. Nada sirvió para detener la guerra.

Todo ello orquestado por Bush, no por los Estados, ya que hubo grandes movilizaciones concienciadas con el Derecho Internacional y los derechos humanos. La invasión intentó demostrar la gran mentira, pero no se probaron ni armas de destrucción masiva, ni ayudas a Al Qaeda. Los ataques que sufrió la población civil iraquí provenían de unos jefes de gobierno que fueron elegidos democráticamente, y, que actuaron como verdaderos tiranos y dictadores amparándose en la soberanía y la democracia. Se quedó muy grande la palabra democracia para tan cortos propósitos, económicos.

---

<sup>1</sup> Quien suscribe este comentario personal aún no había ingresado en la Facultad de Derecho cuando se desencadenó el conflicto. Después tuvo oportunidad de estudiar algunos de sus aspectos como estudiante (2006-2010) y como becario de iniciación a la investigación, para dar fin a este trabajo, actualmente, como abogado.

Democracia, esa fue la siguiente premisa para poder ocupar e invadir Iraq cuando cayeron las primeras mentiras. Sadam Huseín se convirtió en el objetivo, otro más. Sí, era un asesino y un dictador, pero ¿Qué papel había jugado la ONU y sus sanciones económicas?

A título personal, las sanciones económicas de la ONU fueron soportadas por la población civil iraquí, no por Sadam. Pero, ¿Qué sentido tiene una imposición de voluntad unilateral, cuando lo que caracteriza a la ONU es la representación de la totalidad de los Estados? Tendría que haber sido una discusión interna, en el seno de las Naciones Unidas, para encontrar la mejor sanción a Sadam, no a su población.

Bush justificó la invasión con la derrota del dictador Sadam Huseín. No era quién para hacerse salvador mundial. Ni era el momento, que quizá hubiese estado justificado en la guerra del Golfo por la invasión de Kuwait en 1990.

Petróleo, la palabra resume tantas barbaries, torturas, asesinatos, vejaciones... Petróleo, resumiendo libertad de actuación de un Ejército invasor... Petróleo, negro y sucio, petróleo que costó millones de vidas, de una y otra parte, e, indignación e impotencia por parte de la Comunidad Internacional. Tanto sufrimiento, tanta tortura, representada en un solo vocablo: *petróleo*.

## APÉNDICE II. Carta de Javier Couso Permu

Es muy duro ser de repente, familiar de una víctima de un crimen de guerra. De pronto te encuentras en el centro de la diana del dolor y apenas puedes discernir que es lo correcto y lo que no.

Los primeros momentos son los del estupor, golpeado por un mazo, parece que el tiempo se para y un silencio de muerte te rodea como en una burbuja estanca. Es difícil, además, cuando el asesinato lo puedes contemplar en directo junto a millones de personas. Observar casi en tiempo real como tu hermano es asesinado, constituye la materialización de una pesadilla que te arrastra al protagonismo de una película de terror.

En el caso de José Couso, como en el de la mayoría de los familiares de asesinados o desaparecidos, pasas a encontrarte inmerso de por vida en una carrera de largo recorrido contra el olvido y la impunidad. Es curioso entender al instante, con meridiana claridad, los pasos dados antes de ti por toda la gente activa que ha pasado por el mismo trance. Luchar contra el olvido es algo que pertenece a la memoria colectiva, ya sea por los detenidos y desaparecidos en Chile, Argentina o de cualquier otro lugar. Es un lema que sabes desde pequeño, que has oído en muchas entrevistas o reportajes, pero que en el momento en que pasas a ser parte involuntaria de la familia de las víctimas, adquiere de verdad la dimensión real, que es al fin y al cabo la esencia de la batalla que apenas comienza.

El crimen contra mi hermano, se enmarca en un proceso de convulsión y movilización social contra la agresión a Iraq, que en un fenómeno inédito y esperanzador, echó a la calle a millones de personas indignadas. Los ataques de aquel 8 de abril de 2003 contra todas las sedes informativas independientes que se encontraban en Bagdad (Al-Yazira, Abu Dabi TV y el Hotel Palestina), conmocionaron a una opinión pública mundial mayoritariamente en contra de la invasión, pues pusieron de manifiesto una intencionalidad obscena de amedrentamiento público contra la prensa no empotrada con las tropas agresoras.

En el caso específico de nuestro país, supuso de hecho, la puesta de un rostro cercano a las miles de víctimas iraquíes y la evidencia de un doble discurso de respeto a

la prensa y de moralidad acorde a las Convenciones de Ginebra, que se transmutó en un instante en la evidencia de una intencionalidad manifiesta e indisimulada de atacar sin miramientos todo lo que se escapaba al control de las tropas invasoras.

No en vano en nuestras primeras manifestaciones públicas del 10 de abril, ya nos preguntábamos; “si son capaces de ASESINAR a un periodista acreditado como nuestro hermano en pleno centro de Bagdad y a ojos de toda la comunidad internacional, ¿qué no estarán haciendo con los civiles o con los que consideran enemigos que encuentran a su paso?”.

Desde el principio, quisimos huir de una denuncia exclusivamente corporativa, centrada solo en los periodistas, para asumir que nuestro hermano era una víctima más, igual a los miles de muertos iraquíes y que nuestra lucha, aunque haciendo hincapié en la importancia de los ataques a la prensa en un intento de controlar la información que salía al mundo, no tendría jamás una orientación exclusivamente periodística o eurocentrista como de hecho son la mayoría de las informaciones que circulan hoy sobre la invasión y ocupación de Iraq. José, aún doliéndonos más en lo personal, tendría el mismo valor que cualquier iraquí asesinado.

En los primeros momentos nos sentimos completamente arrojados, incluso algunas veces sobrepasados. El caso copaba las portadas, abría informativos. Miles de personas se sumaban a nuestras convocatorias, cientos de colectivos se solidarizaban con nosotros e incluso, asociaciones profesionales y partidos políticos trataban de arrimar el ascua a su sardina. Fueron momentos plenos que nos daban la gasolina que necesitábamos para continuar, pero que a la vez nos obligaba a estar lidiando a todas horas para mantener la independencia y el carácter no excluyente de nuestra lucha.

Cuando estás en esa burbuja de dolor, en medio de la vorágine de movilizaciones, reuniones, pronunciamientos públicos, viajes, charlas, etc. el tiempo pasa rápido y casi no eres consciente de cómo se va transmutando la realidad que te rodea. En el mundo en que nos ha tocado vivir, todo pasa de moda, todo tiene fecha de caducidad y más en el plano fulgurante de los informativos, donde las grandes empresas de la comunicación fabrican las noticias como si de comida rápida se tratase.

Nos fuimos quedando más solos. El tiempo hizo la función de tamiz, separando la paja del trigo. Pero afortunadamente, no nos abandonó todo el mundo. Personas anónimas nos acompañaron, y siguen haciéndolo, en las concentraciones, conferencias o actos que hemos realizado a lo largo de 23 países. Muchas asociaciones y colectivos continúan apoyando nuestra actividad. Y también, algunos periodistas valientes y con memoria, luchan dentro de la precariedad laboral e informativa para seguir recordando el caso.

La lucha contra la impunidad es algo que la mayoría tenemos claro. Es evidente que los militares estadounidenses se blindan ante el Derecho Internacional, antes incluso de cometer los crímenes de guerra contra la población civil. Pero la lucha contra el olvido es la piedra angular sobre la que pivota la permanencia de nuestra batalla. La que impide que el asesinato de José pase al baúl de los recuerdos informativos. La que consigue que no caduque, como querrían sus asesinos. El olvido, en cualquiera de estas luchas, supone el doble asesinato de la persona muerta. Muerta dos veces, una por la mano criminal y otra por el olvido público. Y en esto sí que hemos obtenido

grandes victorias. Hoy José está vivo a lo largo y ancho del mundo como símbolo de la Libertad de Información.

En un momento en que el Derecho Internacional y la justicia universal sufren ataques por parte de la mayoría de los Gobiernos, que el caso de José siga abierto a pesar de todas las zancadillas de la Fiscalía General del Estado y de algunos estamentos de la judicatura, es un triunfo de toda la gente que piensa que con impunidad no puede existir el Estado de derecho. Desde nuestra familia estaremos eternamente agradecidos a todos esos magistrados, jueces, abogados y juristas, que desde la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo, sus despachos o universidades se mantienen firmes en el cumplimiento de las leyes y rechazan su incumplimiento por razones de nacionalidad o color de uniformes. Sus esfuerzos unidos a nuestros desvelos son la garantía de que aún queda un resquicio para conseguir que la justicia llegue a las víctimas, por muy poderosos que sean sus asesinos. Su ejemplo de dignidad e independencia sirven de escarnio contra aquellos magistrados, jueces o fiscales que olvidando sus códigos deontológicos dan su espalda a la justicia poniéndose al servicio de la impunidad.

José Couso: crimen de guerra.  
Investigación y Justicia.





## APÉNDICE III. Cartas de adhesión

### **Miguel Ángel Gimeno Jubero. Magistrado**

Quiero expresar mis disculpas a los organizadores de las Jornadas sobre *El conflicto de Iraq ante el Derecho Internacional: el caso Couso* con las que me había comprometido como ponente. Asuntos de la organización que represento, Jueces para la Democracia, me exigen que esté en otro lugar y que no sea posible compatibilizar las asistencias.

Sin embargo Jueces para la Democracia tiene voluntad de participar en el debate que se produce sobre los crímenes de guerra y muy en particular con el caso que es objeto de examen hoy. Por ello acuden mis compañeros de asociación, Guillem Soler y Francesc Segura, personas muy cualificadas y cuyos pronunciamientos no dudo en hacer míos.

La guerra es la negación de los derechos humanos y mucho más si esta se desarrolla sin sujeción a las normas de las que nos hemos dotado en nuestra sociedad. Si no somos rigurosos en la exigencia de cumplimiento de los convenios internacionales en la materia, si no demandamos hasta la extenuación la protección que ofrecen los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, la sinrazón de la guerra será la regla y cada día los humanos seremos menos personas.

Somos firmes defensores de todas las garantías penales, pero igualmente abogamos por que no haya espacios de impunidad. No es atendible que la comunidad internacional no tenga ningún inconveniente, con dejación de las mínimas garantías fundamentales, que en el cada vez más amplio concepto de terrorismo, sea justificación para aplicación del derecho penal con criterios de jurisdicción supranacional, y a la vez, dependiendo de quien realiza el acto, las trabas y la promoción de la impunidad sea total.

Somos conscientes que la superación del principio de territorialidad que rige en el Derecho penal, pese a los enormes avances que se han hecho, presenta dificultades, tanto teóricas como de eficacia. Pero, pese a ello, creo que no debemos desanimarnos.

Estas jornadas son un paso adelante.

Miguel Ángel Gimeno Jubero  
Secretariado de la asociación judicial Jueces para la Democracia

### **Miki Espuma. Director teatral (La Fura dels Baus)**

#### **Prou mentides! (catalán) / ¡Basta de mentiras! (español)**

Prou mentides!

Deixem la farsa pel teatre, la literatura, la ficció.

La única mentida acceptable, legítima, es la que cadascú s'inventa a dins seu, amb Alícia..., la fantasia.

La virtut de l'art es, sempre, donar miralls, convexos, aguts, a la veritat.

La política, la vida, la convivència no. La mentida política, desgraciadament freqüent, ho embruta tot, ho corromp tot, ho trenca tot i ens demostra qui es qui, i quin objectiu persegueix; les mes obscures intencions, el interès econòmic, el microbi imbecil de l'ambició i el poder.

Varem saltar al carrer, quan l'expresident Aznar, en un atac de submissió i servilisme vergonyant, ens va involucrar a tots en una guerra mentidera, de interessos polítics i econòmics. Una argumentació inventada, de tant evident estúpida, contra un dictador que només uns anys abans, havia estat recolzat per els mateixos que ara l'atacaven. Unes armes de destrucció massiva, un terrorisme internacional, amic de la família Bush; l'estratègia de la por, tant convenient per convertir la vida en un malson Orwellià; la llei anomenada "Patriot act" que permet la absoluta ingerència en la llibertat individual, base fonamental de la democràcia; les bases de Guantanamo, la humiliació de l'home contra l'home, el més clar exponent de violació de la declaració drets humans.

Que està passant? Com podem acceptar, la majoria, que ens manipulin i ens enganyin tant, i amb tanta facilitat? Tots ho sabem que no es nou d'ara, i que l'història de la humanitat està farcida de mentides, i que la guerra de Troia de cap manera, va ser un assumpte de bragues... Però no avui..., no ara..., que el món es cada cop més petit, i les notícies volen, i un mateix pot estar informat, si vol, al moment, connectat a la veritat, si la sap destriar.

I es gent com en José Couso i tants d'altres, que amb el seu ofici i el seu coratge, estan fent saltar les barreres de la manipulació de la veritat, de la censura, del control sobre la informació, tant habitual per part de governants i militars, sempre amics dels eufemismes, de "danys col·laterals", dels arguments circulars, avui si, demà tampoc, de salvar-nos les pàtries no se sap mai de que, a costa de la nostra

llibertat, quan no de la nostra vida... Perdoneu-me però..., no es mes que evident, el qui i el perquè el varen matar? Mes clar l'aigua.

Mai l'oblidarem en Couso... per que l'oblit es el mes gran aliat de la mentida.

I si s'ha de cridar, cridarem. I si hem de lluitar, lluitarem.

Contra l'estupidesa, contra la manipulació, contra l'engany.

Bush, Blair, Aznar Jutjats ara, al Tribunal Internacional.

Prou mentides!

Miki Espuma

Begues 17 d'abril de 2008

### **¡Basta de mentiras!**

Dejemos la farsa para el teatro, la literatura, la ficción.

La única mentira aceptable, legítima, es la que cada uno se inventa en su interior, con Alicia..., la fantasía.

La virtud del arte es, siempre, dar espejos, convexos, agudos, a la verdad.

La política, la vida, la convivencia no. La mentira política, desgraciadamente frecuente, lo ensucia todo, lo corrompe todo, lo destroza todo y nos demuestra quién es quién y qué objetivo persigue; las más oscuras intenciones, el interés económico, el microbio imbécil de la ambición y el poder.

Saltamos a la calle, cuando el expresidente Aznar, en un ataque de sumisión y servilismo vergonzante, nos involucró a todos en una guerra mentirosa, de intereses políticos y económicos. Una argumentación inventada, de tan evidente estúpida, contra un dictador que solo unos años antes, había sido apoyado por los mismos que ahora lo atacaban. Unas armas de destrucción masiva, un terrorismo internacional, amigo de la familia Bush; la estrategia del miedo, tan conveniente para convertir la vida en una pesadilla Orwelliana, la ley llamada "Patriot act" que permite la absoluta injerencia en la libertad individual, base fundamental de la democracia, las bases de Guantánamo, la humillación del hombre contra el hombre, el más claro exponente de violación de la declaración derechos humanos.

¿Que está pasando? ¿Cómo podemos aceptar, la mayoría, que nos manipulen y nos engañen tanto, y con tanta facilidad? Todos sabemos que no es nuevo de ahora, y que la historia de la humanidad está repleta de mentiras, y que la guerra de Troya de ninguna manera, fue un asunto de braguetas... Pero no hoy..., no ahora..., que el mundo es cada vez más pequeño, y las noticias vuelan, y uno mismo puede estar informado, si quiere, al momento, conectado a la verdad, si la sabe discernir.

Y es gente como José Couso y tantos otros, que con su oficio y su coraje, están haciendo saltar las barreras de la manipulación de la verdad, de la censura, del control sobre la información, tan habitual por parte de gobernantes y militares, siempre amigos de los eufemismos, de "daños colaterales", los argumentos circulares, hoy si, mañana tampoco, de salvarnos las patrias no se sabe nunca de que, a costa de nuestra libertad, cuando no de nuestra vida... Perdonadme pero... ¿no es más que evidente, el quién y el porqué lo mataron? Más claro el agua.

Nunca olvidaremos a Couso... porque el olvido es el mayor aliado de la mentira.  
Y si hay que gritar, gritaremos.  
Y si tenemos que luchar, lucharemos.  
Contra la estupidez, contra la manipulación, contra el engaño.  
¡Bush, Blair, Aznar juzgados ahora en el Tribunal Internacional!  
¡Basta de mentiras!

Miki Espuma  
Begues 17 de abril de 2008

## **Alberto Masegosa. Periodista (Agencia Efe)**

### **El estigma del Hotel Palestina**

Querido Albert:

Permíteme que formule como una carta abierta mi participación en las jornadas que celebráis en Lleida. Una carta que está dirigida a ti y al resto de asistentes al encuentro. Las obligaciones profesionales me han retenido en Jerusalén pero vaya por adelantado que me hubiera encantado acompañaros físicamente. Trataré de suplir la ausencia con la cercanía del testimonio. Creo que solo si es testimonial mi voz puede ser de alguna utilidad en vuestra cita. Por eso pretendo contaros mi experiencia con José Couso durante el mes que compartimos en Bagdad.

Conocí a José poco antes de la guerra. Recuerdo que fue en la oficina de la Agencia Efe en la capital iraquí. José se presentó allí una mañana. Explicó que había trabajado con Efe y que no quería perder el contacto con los compañeros de su antigua empresa. Me llamo la atención su bondad. Y su pasión por el trabajo. Y su facilidad para inspirar confianza. Para entonces, los periodistas que habíamos decidido quedarnos en la ciudad sabíamos que los bombardeos comenzarían en cuestión de días o de horas. Y comprendí que con José iba a poder contar para lo que hiciera falta en los tiempos difíciles que se nos venían encima. Nunca lo había pensado antes pero al escribir estas líneas soy por primera vez consciente de lo mucho que deseaba que él percibiera lo mismo de mí.

Lo cierto es que después nos vimos poco. Cuando empezó la guerra trabajábamos en grupos bien avenidos pero diferentes. José hacía equipo con Jon Sistiaga para Telecinco, y solían frecuentar otros colegas de televisión en la búsqueda de la noticia. Esto es, en el rastreo de Bagdad para dar cuenta de la huella de destrucción y el sufrimiento que dejaban los ataques de las tropas que se llamaban aliadas. En esa misión yo hacía piña con Antonio Baquero, de *El Periódico de Catalunya*, y Ángeles Espinosa, de *El País*. Mi contacto con José durante la campaña de invasión norteamericana se limitó a algunas cenas en el Hotel Palestina. Al caer la noche, los corresponsales españoles nos reuníamos a veces en una de nuestras habitaciones para cambiar impresiones y sentirnos cerca los unos de los otros. En las escasas ocasiones en que disfrute de su compañía durante los interminables dieciocho días de bombardeos pude comprobar que no era el único en pensar que José era especial. Porque en aquellas dos semanas se había hecho querer por todos. Se trataba de algo que nadie podía ni quería esconder.

Ya sabía todo eso cuando llego el fatídico 8 de abril. La jornada comenzó con los mejores augurios. José filmaba desde primera hora la llegada de las tropas norteamericanas al palacio que Saddam Huseín tenía enfrente del Hotel Palestina, al otro lado del Río Tigris. José había apostado la cámara en el balcón de su cuarto y las imágenes que había obtenido tenían un valor periodístico de primera. Jon nos avisó a Antonio, a Angeles y a mi para que las vieramos. Los cuatro nos agolpamos junto a José ante la consola de montaje para asegurarnos de que aquellos uniformados eran soldados estadounidenses. Estábamos eufóricos. No porque Bagdad estuviera a punto de caer sino porque las imágenes que repasábamos una y otra vez preludiaban que, por fin, podríamos volver pronto a casa.

No recuerdo lo que hice después, me he quedado en blanco. Lo que no se me ha olvidado es que me encontraba en el vestíbulo del hotel cuando al mediodía escuche un golpe seco y ronco, como si alguien con un enorme cinturón metálico hubiera soltado un latigazo sobre el Palestina. También recuerdo que todos salimos a buscar el lugar del impacto en el exterior del edificio.

Y que vimos el destrozo en un balcón que al principio no identifique. De regreso al vestíbulo vi como Jon sacaba a José en un colchón para meterlo en un coche. A Jon le ayudaban dos colegas con su mismo gesto de angustia. Me quede mudo, sin reaccionar, hasta que Angeles me metió en otro taxi para tratar de seguir al que llevaba a José y Jon. Cuando llegamos al hospital, los médicos nos dijeron que confiaban en sacar adelante a José. A las dos horas reconocieron que habían fracasado en el intento. Lo hicieron con lágrimas en los ojos, aquel día todos teníamos lágrimas en los ojos. Así se me ha quedado al menos grabado en la memoria.

Desconozco la causa de que el asesino de José apretara el gatillo. Me faltan datos para discernir si recibió la orden de la superioridad o fue por su propia iniciativa. En caso de que recibiera una instrucción de la superioridad, como alega, no puedo comprender la lógica de una orden que más que callar amplificó la barbarie. Prefiero deducir que quien apretó el gatillo lo hizo por miedo. O por el estado de locura que padecemos todos en las guerras. De alguna manera, eso lo humanizaría, me consolaría tener la certeza de que no fue un mero peón de los genuinos culpables, los responsables morales del crimen, que llevan los nombres de Saddam Huseín, George W. Bush, Tony Blair y Jose María Aznar.

## **Olga Rodríguez. Periodista (Cuatro)**

### **Contra el crimen y el olvido**

El 8 de abril de 2003 decenas de periodistas observamos desde nuestras habitaciones del hotel Palestine de Bagdad una hilera de tanques estadounidenses dispuesta sobre el puente Al Jumiriya, a unos 1 700 m de donde nos encontrábamos. No se escondían. Estaban situados en un lugar elevado visible desde numerosos puntos del centro de la ciudad. No era la primera vez que veíamos soldados estadounidenses. A primera hora de la mañana del día siete ya habíamos divisado varios tanques norteamericanos. Se encontraban en una pequeña playa en la otra orilla del río Tigris. Los veíamos a

simple vista. Por lo tanto, ellos nos veían a nosotros. Recuerdo que un cámara que se encontraba en la planta 16.<sup>a</sup> del hotel incluso les hizo señas en forma de saludos.

A primera hora de la mañana del día ocho escuché desde la planta 16.<sup>a</sup> del hotel combates esporádicos que se libraban al otro lado del puente, bastante lejos de nuestra posición. Tras ello, sobrevolaron la zona varios aviones y helicópteros estadounidenses. Se detuvo el fuego y me asomé al balcón. Permanecí allí más de media hora, a la espera de una llamada telefónica desde la Cadena SER de Madrid, para la que trabajaba por aquel entonces. La zona estaba tranquila. Tanto, que el cámara de la televisión mexicana Televisa que estaba conmigo en el balcón optó por dejar de grabar e irse al salón, situado en el otro ala de la habitación. Yo me quedé fumando un cigarro y contemplando la ciudad. Hasta que el teléfono sonó. Quizá eso me salvó la vida. Salí del balcón para responder a la llamada. Justo en ese instante el suelo tembló y oí un terrible estruendo que me quebró por dentro. Me quedé completamente sorda, solo oía un fuerte pitido en los oídos. Estaba completamente aturdida.

Sobre mí cayeron varios trozos de cemento de la pared exterior del balcón y también un pedazo de la cámara de televisión, que ardía en llamas. Me quedé paralizada unos segundos. A mi alrededor había mucho humo. Seguía sin oír nada más que el pitido interno de mis oídos. Por fin reaccioné. Corrí al salón, donde un grupo de periodistas estaba asomado a la ventana preguntándose qué había ocurrido exactamente. Grité que nos habían atacado, que teníamos que irnos. Todos entendieron al instante. La lógica y la experiencia nos decían que donde “caen uno, caen dos”. Es decir, que cuando un lugar es objetivo de un ataque, ese ataque no suele quedarse “a medias”, a no ser que se trate de un ataque a modo de advertencia. Corrimos hacia las escaleras y empezamos a bajar con la esperanza de alcanzar vivos la calle. Como nosotros, decenas de periodistas más. La gente estaba aterrorizada, gritaba, se empujaba, algunos se paraban de repente y se quedaban bloqueados, sin moverse. Cuando estábamos en la planta 14.<sup>a</sup> oímos gritar a un periodista italiano. Sus palabras nos estremecieron: “Couso está herido”, decía. “Couso está herido”. Ya sabéis todos qué ocurrió después.

Recuerdo que cuando llegué al jardín del hotel escuché decir al jefe de prensa del Ministerio de Información iraquí que el ataque había sido lanzado por tropas estadounidenses. Le miré con desprecio porque pensé que estaba aprovechando una situación tan dramática para lanzar propaganda militar falsa. Me equivoqué. Me costó asumirlo, ya que, como tantos otros periodistas, había imaginado que el ataque provenía del lado iraquí y no de “fuego amigo”.

El Pentágono aseguró primero que había disparado contra el hotel porque desde él actuaban francotiradores iraquíes. Algún tiempo después, cuando se dio cuenta de que esa teoría era insostenible —la desmentían más de doscientos testigos periodistas occidentales— se aferró a la tesis del “ojeador”. Dispararon, dicen, porque un hombre con prismáticos situado en el hotel estaba indicando a través de radio las posiciones de los estadounidenses. Ninguno de nosotros vio a ese presunto “ojeador”. Pero incluso aunque ese hombre hubiera existido, debemos preguntarnos si suponía realmente una amenaza. Como dije al principio, los tanques estadounidenses no se escondían, estaban situados sobre un puente céntrico de Bagdad. No había información secreta alguna que desvelar sobre su ubicación.



Pero lo más importante es que el hotel Palestine era un lugar protegido por la ley internacional, ya que todo el planeta sabía que en él se alojaba la prensa extranjera. Los soldados que nos dispararon también lo sabían. Podían verlo a través de los visores de los tanques. O con unos simples prismáticos. Muchos llevábamos incluso chalecos con grandes letras en inglés en las que se podía leer “PRESS”. Es imposible que no vieran que el hotel estaba lleno de periodistas.

La familia, amigos y compañeros de Couso llevamos años luchando porque se juzgue a los militares involucrados en el ataque contra el Palestine. No solo para que se haga justicia con José, sino porque consideramos que el disparo contra el hotel —así como los ataques lanzados esa misma mañana del ocho de abril contra las sedes de Al-Yazira y Abu Dabi TV— atentan contra la libertad de información, un elemento básico de las sociedades libres y democráticas. Quienes trabajamos en zonas de conflicto asumimos riesgos muy diversos: sabemos que podemos vernos sorprendidos en medio de un fuego cruzado, que nos puede alcanzar una bala perdida, que en mitad de la calle puede caer una bomba, sabemos que somos objetivo de secuestros y asesinatos por parte de diversos grupos armados, etc.

Asumimos esos riesgos porque creemos en la información como servicio público fundamental. Pero lo que no vamos a asumir —y la ley internacional nos respalda en ello— es que el Ejército de un país presuntamente defensor de las libertades y de la democracia mate a los informadores. Existen leyes y reglas para aplicar incluso dentro de la barbarie, es decir, en la guerra. Son leyes y reglas que protegen a los civiles y a todos aquellos que no forman parte de los bandos armados enfrentados. Es fundamental que los Gobiernos, las empresas informativas y el poder judicial luchen por que esas leyes no sean solo tinta sobre papel.

Quienes seguimos viajando a la zona conocemos a muchos iraquíes que han sido torturados, que han perdido a seres queridos o que han sido víctimas de un secuestro o de amenazas recibidas por diversos grupos armados. Es desolador. Ellos no disponen de recurso alguno para exigir Justicia. La familia de José Couso sí. Y por ello lo hace. No solo por José, no solo por otros muchos periodistas muertos, sino por los cientos de miles de civiles iraquíes desprovistos de protección.

Recientemente un amigo iraquí me contó un sueño que le acecha a menudo mientras duerme: En un país occidental un grupo de políticos, periodistas y personas con poder está sentado en torno a una mesa repleta de manjares. De repente sobre esa mesa comienzan a caer desde el cielo decenas de cadáveres de iraquíes. Supongo que su sueño es un llamamiento a quienes se presentan como adalides de las libertades y de los derechos básicos. Confío en que más pronto que tarde se desplomen sobre la conciencia colectiva los miles de muertos, heridos y torturados que cuelgan de las páginas no escritas de la Justicia.

Por ello hago un llamamiento a periodistas, políticos, jueces y fiscales para que no se olviden del caso Couso, cuya resolución puede ser clave para que avancemos en el desarrollo de la ley internacional.

Quiero recordar aquí una carta publicada en los diarios españoles el 22 de mayo de 2007, escrita y firmada por los tres periodistas que declaramos ante la Audiencia Nacional como testigos del ataque al hotel Palestine. Esa carta iba dirigida al fiscal de la Audiencia:

No entendemos al fiscal de la Audiencia Jesús Alonso cuando dice en su recurso contra el caso *Couso* que solo hay “unas vagas declaraciones de testigos que, por su propia ubicación, nada han visto o podido ver”. Quizá a estas alturas el fiscal aún no sabe que dada nuestra ubicación, sí veíamos. Le sugerimos que lea las declaraciones que hicimos en la Audiencia Nacional en 2003 como testigos del ataque contra el hotel Palestine. Así se enteraría el fiscal de que el puente desde donde se lanzó el ataque se llama Al Jumiriya y no Jamurohara; o de que Couso y Taras Protsyuk (el otro periodista fallecido) no estaban en la misma planta, como él dice en su recurso, sino en plantas diferentes; o de que la tesis a la que él se refiere de la existencia de un francotirador en el hotel fue desmentida por los casi 200 periodistas que allí vivíamos, e incluso descartada por el propio Pentágono, que optó finalmente por la tesis del “ojeador”, tesis por cierto que tampoco justifica el ataque contra un hotel habitado por civiles.

Estamos seguros de que el fiscal no quería sugerir que matar civiles en una guerra no es delito; pero así lo parece, debido a sus imprecisiones, errores y ambigüedad. Le suplicamos por tanto un mayor rigor en sus escritos y le comunicamos que estamos a su disposición si le interesa saber qué vimos el 8 de abril de 2003 y por qué pensamos que la justicia española no debe abandonar el caso Couso.

Miércoles, 16 de abril de 2008

## APÉNDICE IV. La Declaració de Lleida (catalán) / La Declaración de Lleida (español) / Lleida's Declaration (inglés)

### Presentació i comentari

ALBERT GALINSOGA JORDÀ

Catedràtic de Dret Internacional Públic i Relacions Internacionals

Director científic de les jornades

“La Declaració de Lleida sobre el respecte del Dret Internacional en els conflictes armats i el cas Couso” va ser adoptada com a resultat de les Jornades organitzades per la Universitat de Lleida i la Creu Roja sobre *El conflicte d'Iraq i el dret internacional: el cas Couso* (Lleida, 14, 17 i 18 d'abril de 2008).

En el marc del *jus ad bellum* o “dret a la guerra”, la Declaració reafirma la prohibició taxativa de la amenaça i l'ús de la força en el Dret Internacional contemporani, així com la interpretació restrictiva a la qual està sotmesa, l'única excepció a aquesta prohibició: la legítima defensa. L'ús institucional de la força està, així mateix, limitat a l'autorització del Consell de Seguretat de les Nacions (i, en el cas excepcional, de l'Assemblea General) que és l'únic òrgan competent de la Comunitat Internacional per a decidir-ho d'acord amb els Propòsits i Principis de la Carta i el Dret Internacional.

La reafirmació d'aquests principis bàsics s'emmarca en un context de confusió en el que s'ha pretès legitimar l'ús de la força amb pretextos, com la “legítima defensa preventiva”, o s'ha postulat la licitud d'atacs armats selectius en el marc de la “guerra contra el terrorisme”.

La Declaració de Lleida evita pronunciar-se sobre la concreta aplicació del *jus ad bellum* en els conflictes armats recents, inclòs el d'Iraq. Principalment, per respecte als principis d'imparcialitat, neutralitat i independència de la Creu Roja. El seu esperit hu-

manitari, que la Universitat de Lleida i les institucions patrocinadores i col·laboradores comparteixen, comporta una especial atenció al *jus in bello*; és a dir, al conjunt de principis i normes dirigits a limitar els estralls de la guerra o Dret Internacional Humanitari.

Així, la Declaració reafirma que totes les parts que intervenen en un conflicte armat, amb independència de la seva naturalesa i qualificació jurídica, estan obligades a complir el Dret Internacional Humanitari, que obliga a protegir a la població civil, en virtut del principi de distinció (entre combatents i no combatents) i del principi de proporcionalitat (que estableix la il·licitud de tots aquells danys que no siguin absolutament indispensables per a la conducció de les hostilitats).

La Declaració s'aproxima al problema des de una constatació de caràcter jurídic, però també ètic i polític: els conflictes armats no són forats negres jurídics en els quals s'admetin tot tipus de violacions dels Drets Humans davant de la impotència de la Comunitat Internacional, dels seus Organismes i Institucions públiques o, fins i tot, de les associacions de la Societat Civil Global.

Els drets humans fonamentals han d'ésser respectats sota qualsevol circumstància. El dret a no ser privat de la vida arbitràriament, el dret a no ser torturat o l'interès superior del menor, han de prevaldre davant de qualsevol altra consideració. Així, la Declaració s'enfronta fermament a qualsevol perjudici en la dignitat i els drets de les víctimes de la guerra. Els combatents no han de ser sotmesos a patiments innecessaris per causa de la utilització d'armament prohibit o indiscriminat. Els ferits, malalts o presoners han de ser tractats humana i dignament i no hi ha cap circumstància ni argument que puguin justificar la vulneració dels seus drets. La tortura, el tractament inhumà cruel o degradant són crims internacionals que afecten al conjunt de la Comunitat Internacional.

La protecció de la població civil i del patrimoni cultural són fonaments del Dret Internacional Humanitari. Es tracta de temes que exigeixen la màxima atenció de les institucions internacionals, les nacions civilitzades i la societat civil global, perquè, malauradament, la proporció de víctimes indefenses en els conflictes actuals sobrepassa les nou dècimes parts. Està en qüestió el mateix concepte tradicional de conflicte bèl·lic. El conflicte d'Iraq és paradigmàtic en aquest sentit.

Els atacs intencionals, indiscriminats o desproporcionats, que causen víctimes entre la població civil, constitueixen crims de guerra i estan prohibits en qualsevol circumstància. La seva condemna va unida a la de l'ús d'armament contrari a l'essència del Dret Internacional Humanitari, com les bombes de raïm, de les quals el procés de prohibició ve avalat per les declaracions de Oslo (2007), Wellington (2008) i ha de culminar a la Conferència de Dublín (2008).

La Declaració de Lleida conté alguns aspectes innovadors en la seva part final. L'especial atenció dirigida a la protecció dels periodistes que exerceixen la seva professió, en el context d'un conflicte armat, en circumstàncies perilloses i dels corresponsals de guerra recorda, en el sentit expressat per la Resolució 1738 (2006) del Consell de Seguretat de les Nacions Unides, que els periodistes són civils i, per tant, en cap cas poden ser considerats objectiu militar.

La preocupant i inadmissible progressió de les morts de periodistes en els conflictes armats actuals està relacionada amb el reconeixement per part de la justícia

internacional —especialment la decisió del Tribunal Penal Internacional per a l'antiga Iugoslàvia en el cas Randal— de les importants funcions que desenvolupen per compte de la Comunitat Internacional, al prevenir amb la seva presència nombrosos crims i a l'aportar informació i proves per exigir responsabilitats quan es comenten.

En matèria de responsabilitat internacional, la Declaració subratlla la obligació de les parts en un conflicte armat de “reconèixer i defensar el valor protector dels signes distintius” que caracteritzen a les organitzacions de socors, estaments observadors i professionals de la informació.

Així mateix, els Estats són responsables de “prevenir els crims contra periodistes...” i de “posar fi a l'impunitat...”, amb el processament dels responsables i la reparació de les conseqüències. A tal fi, “és indispensable que tots els Estats creïn un marc jurídic nacional per a la investigació des crims contra el Dret Internacional i, especialment, dels crims de guerra”.

La Declaració conclou amb una referència concreta, com no podia ser de cap altra manera, al procés judicial sobre les circumstàncies de la mort d'en José Couso a l'Hotel Palestina de Bagdad i la responsabilitat penal que pot derivar per als responsables. Subratllar la importància del procés en la lluita contra la impunitat en els conflictes armats, d'una part, i la defensa dels drets a la veritat i a la llibertat d'informació, per altra.

S'ha de constatar, en primer lloc, la dignitat i la perseverança—qualificada d'heroica— de la família afectada, així com també la seva confiança en la justícia espanyola. En segon lloc, la pròpia Administració de Justícia mereix un reconeixement, que malgrat les nombroses dificultats i obstacles, ha anat desplegant la seva activitat, fins i tot amb l'arribada al Tribunal Suprem, amb Sentència 1240/2006, de 11 de desembre, constitueix una fita de importància mundial.

En tercer lloc, en el pla de les dificultats i obstacles altrament dits, vull —a títol personal, però amb la consciència de recollir una impressió compartida sinó unànime entre els participants—, denunciar l'actitud del Govern dels Estats Units al negar la cooperació judicial obligada en virtut dels Convenis en vigor, sense que hagi desencadenat una decidida resposta diplomàtica del Govern espanyol. La manca d'una investigació judicial als Estats Units i la negativa d'auxili a la justícia espanyola conculquen l'obligació d'extradir o jutjar (*aut dedere aut judicare*) establerta pel Dret Internacional en matèria de presumptes crims de guerra.

També en un pla similar, s'ha de recordar la obligació del Ministeri Públic de “intervenir en el procés penal, instant a la autoritat judicial la adopció de les mesures cautelars que procedeixin i la pràctica de les diligències encaminades a l'esclarament dels fets...” (article 3 dels seu Estatut Orgànic), per a “promoure la acció de la justícia en defensa de la legalitat, dels drets dels ciutadans i de d'interès públic tutelat per la llei” en els termes de l'article 124 de la Constitució.

La “Declaració de Lleida” expressa de manera genèrica que tots i cadascun dels poders de l'Estat, també els de les seves unitats orgàniques, poden comprometre la responsabilitat de l'Estat, especialment per la violació de les obligacions contraetes en virtut dels Conveni Europeu dels Drets Humans, com les derivades de l'article 6 (dret a un procés just). En aquest sentit, es té en compte l'esperit de les “Directrius de la Unió Europea per a fomentar l'observança del Dret Internacional Humanitari” (2005), que

proclamen que s'haurà de vetllar perquè no quedin impunes els crims de guerra i que per a tenir un efecte dissuasori l'enjudiciament ha de ser visible.

Idènticament, totes les instàncies públiques han de contribuir a l'assoliment de la obligació de "respectar i fer respectar" el Dret Internacional Humanitari (article 1 comú dels Convenis de Ginebra de 1949), compromís actiu i solemne amb els nostres valors més fonamentals i preuats, com el dret a la vida o la humanitat. Qualitat aquesta última que Albert Schweitzer denominava "reverència per la vida".

### **El respecte del dret internacional en els conflictes armats i el cas Couso**

Universitat de Lleida-Creu Roja  
(Lleida 18 d'abril 2008)

**1.** Manifestem que la legítima defensa en cas d'atac armat és la única excepció establerta per la Carta de les Nacions Unides que permet als Estats l'ús de la força, i que aquesta està subjecta als requisits de necessitat, proporcionalitat i immediatesa, que son expressius del seu caràcter provisional i subsidiari.

**2.** Constatem que el Consell de Seguretat de les Nacions Unides (o en casos excepcionals, la Assemblea General) és l'únic òrgan de la Comunitat Internacional, competent per autoritzar l'ús de la força en compliment dels propòsits i principis de la Carta i del Dret Internacional, i ha de garantir el compliment dels Convenis de Ginebra.

**3.** Recordem que l'obligació de respectar el Dret Internacional Humanitari vincula a totes les parts en un conflicte armat. Aquesta obligació no es basa en la reciprocitat sinó en principis reconeguts per les nacions civilitzades com a vinculants, inclús al marge de qualsevol vincle convencional. La protecció dels drets humans segueix plenament vigent en les situacions de conflicte armat, especialment, el dret a no ser privat de la vida arbitràriament (article 6 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics).

**4.** Manifestem que les persones civils continuen essent en el segle XXI les més afectades per els conflictes armats i les principals víctimes de les violacions del Dret Internacional Humanitari, i reafirmem el principi de diferenciació entre civils i combatents, entre els bens civils i els objectius militars i el respecte i la protecció deguda al patrimoni cultural, així com la prohibició d'atacs indiscriminats contraris al principi de proporcionalitat, i que cal adoptar totes les precaucions factibles per la protecció de la vida de la població indefensa.

**5.** Fem una crida a tots els Estats per enfortir la protecció dels civils contra l'ús i els efectes indiscriminats de les armes i per resoldre amb la màxima urgència les repercussions de caire humanitària de les restes d'explosius de guerra i bombes de dispersió seguint la Declaració d'Oslo (2007) i Declaració de Wellington (2008). La Conferència de Dublín (2008) haurà d'aprovar un conveni que prohibeixi l'ús, el desenvolupament, la producció, l'emmagatzemat i la transferència d'aquests armaments, i que vetlli per la seva destrucció i l'assistència a les víctimes.

6. Condemnen fermament els atacs contra persones civils que no participin directament en les hostilitats, i que inclouen el personal d'auxili humanitari, els professionals del periodisme i els mitjans de comunicació i el personal associat, així com l'ús dels escuts humans.

7. Reiterem que la prohibició de la tortura és absoluta en el Dret Internacional, i és extensiva també als conflictes armats i la lluita contra el terrorisme. No hi ha objectius ni circumstàncies que justifiquin en cap cas l'aplicació de tractaments i penes inhumans, cruels o degradants.

8. Afirmem que el ple compliment del Dret Internacional Humanitari i el respecte dels seus principis bàsics són l'única via per garantir l'accés de les víctimes a l'ajut humanitari necessari. Tots els Estats hauran de ser Parts en els Protocols Adicionals I i II dels Convenis de Ginebra, l'Estatut de Roma de la Cort Penal Internacional i altres instruments pertinents de Dret Internacional i adoptar les mesures jurídiques i administratives escaients per garantir l'aplicació d'aquests instruments en els seus països, en la mesura en què atorguen protecció als civils, en particular als periodistes.

9. Subratllem l'obligació de totes les parts en un conflicte armat de reconèixer i defensar el valor protector dels signes distintius reconeguts per els Convenis de Ginebra i els seus protocols addicionals, per les organitzacions d'auxili, estaments observadors i professionals de la informació.

10. Reafirmem que es responsabilitat dels Estats complir amb les obligacions que els imposa el Dret Internacional, amb el seu deure de prevenir els crims contra els periodistes, els professionals dels mitjans de comunicació i el personal associat; de posar fi a la impunitat i processar als responsables de cometre violacions greus del Dret Internacional Humanitari, així com d'esmenar les seves conseqüències, tal i com estableix la Declaració de Medellín de la UNESCO (2007). A tal efecte, és indispensable que tots els Estats creïn i apliquin un marc jurídic nacional per l'esclariment dels crims en l'àmbit del Dret Internacional, i en particular, dels Crims de Guerra.

11. Subratllem que el procés obert per la Justícia Espanyola per la mort del periodista José Couso planteja un cas especialment representatiu de l'exercici de la jurisdicció per evitar la impunitat en matèria de crims contra el Dret Internacional Humanitari, com a corol·lari del principi *puniri reipublicae interest* ("el càstig del delictes és d'interès públic") i en defensa de la llibertat d'informació i del dret a la veritat.

12. Recordem que tots els poders de l'Estat, a raó de les obligacions contretes en el Conveni Europeu de Drets Humans, tenen la responsabilitat d'investigar, perseguir i jutjar en un procés just i equitatiu, totes les fets que siguin susceptibles de qualificar-se com a crims contra el Dret Internacional Humanitari.

Jornades *El conflicte d'Iraq i el dret internacional: el cas Couso*

Universitat de Lleida

(Lleida 14, 17-18 abril, 2008)

<http://www.dpub.udl.cat/jornadairaq/index.html>



## Presentación y comentario

ALBERT GALINSOGA JORDÀ

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Director científico de las jornadas

La Declaración de Lleida sobre el respeto del Derecho Internacional en los conflictos armados y el caso Couso fue adoptada como resultado de las Jornadas organizadas por la Universidad de Lleida y la Cruz Roja sobre *El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: el caso Couso* (Lleida, 14, 17 y 18 de abril de 2008).

En el marco del *jus ad bellum* o “derecho a la guerra”, la Declaración reafirma la prohibición taxativa de la amenaza y el uso de la fuerza en el Derecho Internacional contemporáneo, así como la interpretación restrictiva a que está sometida la única excepción a dicha prohibición: la legítima defensa. El uso institucional de la fuerza está, asimismo, limitado a la autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (y, en caso excepcional, de la Asamblea General) que es el único órgano competente de la Comunidad Internacional para decidirlo en cumplimiento de los Propósitos y Principios de la Carta y del Derecho Internacional.

La reafirmación de estos principios básicos se enmarca en un contexto de confusión en el que se ha pretendido legitimar el uso de la fuerza con pretextos, como una pretendida “legítima defensa preventiva”, o se ha postulado la licitud de ataques armados selectivos en el marco de la “guerra contra el terrorismo”.

La Declaración de Lleida evita pronunciarse sobre la concreta aplicación del *ius ad bellum* a los conflictos armados más recientes, incluido el de Iraq. Principalmente, por el respeto a los principios de imparcialidad, neutralidad e independencia de la Cruz Roja. Su espíritu humanitario, que la Universidad de Lleida y las instituciones patrocinadoras y colaboradoras comparten, conduce a una especial atención hacia el *jus in bello*; es decir, al conjunto de principios y normas dirigidos a limitar los estragos de la guerra o Derecho Internacional Humanitario.

Así, la Declaración reafirma que todas las partes que intervienen en un conflicto armado, con independencia de su naturaleza y calificación jurídica, están obligadas a cumplir el Derecho Internacional Humanitario, que obliga a proteger a la población civil, en virtud del principio de distinción (entre combatientes y no combatientes) y del principio de proporcionalidad (que establece la ilicitud de todos aquellos daños que no sean absolutamente indispensables para la conducción de las hostilidades).

La Declaración se aproxima al problema desde una constatación de carácter jurídico, pero también ético y político: los conflictos armados no son agujeros negros jurídicos en los que puedan admitirse todo tipo de violaciones de los derechos humanos desde la impotencia de la comunidad internacional, de sus organismos e instituciones públicas o, incluso, de las asociaciones de la sociedad civil global.

Los derechos humanos fundamentales deben ser respetos en toda circunstancia. El derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente, el derecho a no ser torturado o el interés superior de los niños y niñas deben prevalecer ante cualquier otra consideración. Así, la Declaración afronta con firmeza cualquier menoscabo en la dignidad y los derechos de las víctimas de la guerra. Los combatientes no deben ser sometidos a sufrimientos innecesarios por el uso de armas prohibidas o indiscriminadas. Los heridos, enfermos o prisioneros deben ser tratados humana y dignamente y no hay ninguna circunstancia ni argumento que puedan justificar la vulneración de sus derechos. La tortura, el trato inhumano o degradante son, pues, crímenes internacionales, que afectan al conjunto de la comunidad internacional.

La protección de la población civil y del patrimonio cultural son fundamentos del Derecho Internacional Humanitario. Se trata de temas que exigen la máxima atención de las instituciones internacionales, las naciones civilizadas y la sociedad civil global, porque, desgraciadamente, la proporción de víctimas indefensas en los conflictos actuales sobrepasa las nueve décimas partes. Está en cuestión, incluso, el propio concepto tradicional de conflicto bélico. El conflicto de Iraq es paradigmático en este sentido.

Los ataques intencionales, indiscriminados o desproporcionados, que causan víctimas entre la población civil, constituyen crímenes de guerra y están prohibidos en cualquier circunstancia. Su condena va unida a la del uso de armas contrarias a la esencia del Derecho Internacional Humanitario, como las municiones de racimo, cuyo proceso de prohibición viene jalonado por las declaraciones de Oslo (2007), Wellington (2008) y la Conferencia de Dublín (2008).

La Declaración de Lleida adquiere algunos aspectos novedosos en su parte final. La especial atención dirigida hacia la protección de los periodistas que ejercen su profesión, en el contexto de un conflicto armado, en circunstancias peligrosas y de los corresponsales de guerra recuerda, en el sentido expresado por la Resolución 1738 (2006) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que los periodistas son civiles y, por tanto, en ningún caso pueden ser considerados objetivo militar.

La muy preocupante progresión de las muertes de periodistas en los conflictos armados actuales guarda relación con el reconocimiento por la justicia internacional —especialmente la decisión del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso Randal— de las importantes funciones que cumplen por cuenta de la Comunidad Internacional, al prevenir con su presencia numerosos crímenes y al aportar información y pruebas para exigir responsabilidades cuando se llegan a cometer.

En materia de responsabilidad internacional, la Declaración subraya la obligación de las partes en un conflicto armado de “reconocer y defender el valor protector de los signos distintivos” que caracterizan a las organizaciones de socorro, estamentos observadores y profesionales de la información.

Asimismo, los Estados son responsables de “prevenir los crímenes contra periodistas...” y de “poner fin a la impunidad...”, procesando a los responsables y reparando las consecuencias. Para ello, “es indispensable que todos los Estados creen un marco jurídico nacional para la investigación de los crímenes contra el Derecho Internacional y, especialmente, de los crímenes de guerra”.

La Declaración termina con una referencia concreta, como no podía ser de otro modo, al proceso judicial sobre las circunstancias de la muerte de José Couso en el Hotel Palestina de Bagdad y la responsabilidad penal que puede derivar para los responsables. Resalta la importancia del proceso en la encrucijada de la lucha contra la impunidad en los conflictos armados, por una parte, y la defensa del derecho a la verdad y la libertad de información, por otra.

Hay que constatar, en primer lugar, la dignidad y la perseverancia —que hay que calificar de heroica— de la familia afectada, así como su confianza en la justicia española. En segundo lugar, merece un sincero reconocimiento la propia Administración de Justicia, que, pese a las numerosas dificultades y obstáculos, ha ido desplegando su actividad, llegando al Tribunal Supremo, cuya Sentencia 1240/2006, de 11 de diciembre, constituye un hito de importancia mundial.

En tercer lugar, en el plano de las dificultades y obstáculos mencionados, debo —a título personal, pero con la conciencia de recoger una impresión muy compartida sino unánime entre los participantes—, denunciar la actitud del Gobierno de los Estados Unidos al negar la cooperación judicial obligada por los convenios en vigor, sin que haya suscitado una decidida respuesta diplomática del Gobierno español. La falta de una investigación judicial en los Estados Unidos y la negativa al auxilio a la justicia española conculcan la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) establecida por el Derecho Internacional en materia de presuntos crímenes de guerra.

Asimismo y en plano parecido, cabe recordar la obligación del Ministerio Público de “intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos...” (artículo 3 de su Estatuto Orgánico), para “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley” en los términos de artículo 124 de la Constitución.

La Declaración de Lleida expresa de manera genérica que todos y cada uno de los poderes del Estado, así como cada una de sus unidades orgánicas, puede comprometer la responsabilidad del Estado, especialmente por la violación de las obligaciones contraídas en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como las derivadas del artículo 6 (derecho a un proceso justo). En este sentido, se tiene en cuenta el espíritu de las Directrices de la Unión Europea para fomentar la observancia del Derecho Internacional Humanitario (2005), que proclaman que se velará para que no queden impunes los crímenes de guerra y que para tener un efecto disuasorio su enjuiciamiento ha de ser visible para toda la sociedad.

Idénticamente, todas las instancias públicas deben contribuir al cumplimiento de la obligación de “respetar y hacer respetar” el Derecho Internacional Humanitario (artículo 1 común de los Convenios de Ginebra de 1949), compromiso activo y solemne con nuestros valores más fundamentales y preciados, como el derecho a la vida o la humanidad. Cualidad esta última que Albert Schweitzer denominaba “reverencia por la vida”.

## **El respeto del Derecho Internacional en los conflictos armados: el caso Couso**

Universitat de Lleida-Cruz Roja  
Lleida, 18 de abril 2008

1. Manifestamos que la legítima defensa en caso de ataque armado es la única excepción establecida por la Carta de las Naciones Unidas que permite a los Estados el uso de la fuerza, estando sujeta a los requisitos de necesidad, proporcionalidad e inmediatez, que son expresivos de su carácter provisional y subsidiario.

2. Constatamos que el Consejo de Seguridad (o, en casos excepcionales, la Asamblea General) es el único órgano de la Comunidad Internacional competente para autorizar el uso de la fuerza en cumplimiento de los propósitos y principios de la Carta y del Derecho Internacional, debiendo garantizar, asimismo, el cumplimiento de los Convenios de Ginebra.

3. Recordamos que la obligación de respetar el Derecho Internacional Humanitario vincula a todas las partes en un conflicto armado. Esta obligación no se basa en la reciprocidad, sino que va más allá de cualquier vínculo convencional. Asimismo, la protección de los derechos humanos sigue plenamente vigente en las situaciones de conflicto armado, especialmente, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

4. Constatando que las personas civiles continúan siendo en el siglo **xxi** las más afectadas por los conflictos armados y las principales víctimas de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, reafirmamos el principio de diferenciación entre civiles y combatientes, entre bienes civiles y objetivos militares y el respecto y la protección debidos al patrimonio cultural, así como la prohibición de ataques indiscriminados contrarios al principio de proporcionalidad, debiendo adoptarse todas las precauciones factibles para proteger la vida de la población indefensa.

5. Hacemos un llamamiento a todos los Estados para fortalecer la protección de los civiles contra el uso y los efectos indiscriminados de las armas y para resolver con la máxima urgencia las repercusiones de índole humanitaria de los restos de explosivos de guerra y de las municiones de racimo, siguiendo la “Declaración de Oslo” (2007) y la “Declaración de Wellington (2008)”. La Conferencia de Dublín (2008) deberá aprobar un convenio que prohíba el empleo, el desarrollo, la producción, el almacenamiento y la transferencia de dichas armas, así como su destrucción y la asistencia a las víctimas.

6. Condenamos terminantemente los ataques contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades, incluyendo el personal de socorro humanitario, profesionales del periodismo y de los medios de comunicación, y personal asociado, así como el uso de escudos humanos.

7. Reiteramos que la prohibición de la tortura es absoluta en el Derecho Internacional, extendiéndose también a los conflictos armados y a la lucha contra el terrorismo.

No hay objetivos ni circunstancias que justifiquen en caso alguno la aplicación de tratos y penas inhumanas, crueles o degradantes.

**8.** Afirmamos que la plena observancia del Derecho Internacional Humanitario y el respeto de sus principios básicos es la única vía para garantizar el acceso de las víctimas a la ayuda humanitaria necesaria. Todos los Estados deberían ser Partes en los Protocolos Adicionales I y II de los Convenios de Ginebra, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y otros instrumentos pertinentes de Derecho Internacional y adoptar las medidas jurídicas y administrativas adecuadas para garantizar la aplicación de dichos instrumentos en sus países, en la medida en que otorgan protección a los civiles, en particular a los periodistas.

**9.** Subrayamos la obligación de todas las partes en un conflicto armado de reconocer y defender el valor protector de los signos distintivos reconocidos por los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, para organizaciones de socorro, estamentos observadores y profesionales de la información.

**10.** Reafirmamos que es responsabilidad de los Estados cumplir con las obligaciones que les impone el Derecho Internacional, con su deber de prevenir los crímenes contra los periodistas, los profesionales de los medios de comunicación y el personal asociado; de poner fin a la impunidad, procesando a los responsables de cometer violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, así como de reparar sus consecuencias, como establece la Declaración de Medellín de la UNESCO (2007). A tal efecto, es indispensable que todos los Estados creen y apliquen un marco jurídico nacional para la investigación de crímenes en el ámbito del Derecho Internacional y, en particular, de los Crímenes de Guerra.

**11.** Subrayamos que el proceso abierto por la Justicia Española sobre la muerte del periodista José Couso plantea un caso especialmente representativo del ejercicio de la jurisdicción para evitar la impunidad en materia de crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario, como corolario del principio *delicta puniri reipublicae interest* (“el castigo de los delitos es de interés público”) y en defensa de la libertad de información y el derecho a la verdad.

**12.** Recordamos que todos los poderes del Estado, a tenor de las obligaciones contraídas en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tienen la responsabilidad de investigar, perseguir y juzgar en un proceso justo y equitativo, todos los hechos que sean susceptibles de calificarse como crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario.

Jornadas *El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: el caso Couso*

Universidad de Lleida

(Lleida, 14, 17-18 abril, 2008)

<http://www.dpub.udl.cat/jornadairaq/es/index.html>

## Presentation and commentary

ALBERT GALINSOGA JORDÀ

Chair of Public International Law and International Relations

Scientific Director of the Conference

The Lleida Declaration on Respect for International Law in Armed Conflicts and the Couso Case was adopted at the close of the conference organized by the University of Lleida and the Red Cross on *The Conflict in Iraq and International Law: the Couso Case* (Lleida, 14, 17 and 18 April, 2008).

Within the framework of *jus ad bellum* or “right to go to war”, the Declaration reaffirms the specific prohibition of the threat and use of force in contemporary International Law, as well as the restrictive interpretation to which the only exception to this prohibition is subject: legitimate defence. The institutional use of force is also limited by the requirement of authorization by the United Nations Security Council (and, in exceptional cases, by the General Assembly), which is the only institution of the International Community with the legitimate right to decide upon it, in compliance with the objectives and principles of the UN Charter and of international law.

The reaffirmation of these basic principles takes place within a context of confusion, in which there has been an attempt to justify the use of force with pretexts such as the so-called “legitimate preventive defence” and to defend the legality of selective armed attacks within the framework of the “war on terrorism”.

The “Lleida Declaration” avoids pronouncing on the specific application of *jus ad bellum* to recent armed conflicts, including that of Iraq, chiefly out of respect for the Red Cross’s principles of impartiality, neutrality and independence. Its humanitarian spirit, which the University of Lleida and the sponsoring and participating institutions share, leads to a special attention with regard to *jus in bello*, the series of principles and regulations whose purpose is to limit the ravages of war, or International Humanitarian Law.

Thus the Declaration reaffirms that all the parties involved in an armed conflict, regardless of its nature and legal qualification, are obliged to comply with International Humanitarian Law, which obliges them to protect the civilian population, in accordance with the principle of distinction (between combatants and non-combatants) and the principle of proportionality (which establishes the illegality of all damage that is not absolutely indispensable to the conduct of hostilities).

The Declaration approaches the problem from the standpoint of a conviction that is of a legal nature but is at the same time ethical and political: armed conflicts are not legal black holes in which all sorts of violations of human rights may be allowed as the result of the impotence of the International Community, its organs and public institutions and even associations of global civil society.

Fundamental human rights must be respected under all circumstances. The right not to be arbitrarily deprived of life, the right not to be tortured or the superior in-

terest of the child must prevail over any other consideration. Thus the Declaration takes a firm stand against any offence against the dignity and rights of victims of war. Combatants may not be subjected to unnecessary suffering through the use of indiscriminate or prohibited weapons. The wounded, the ill and prisoners must be treated humanely and with respect for their dignity, and there is no circumstance or argument that can justify the infringement of their rights. Torture and inhumane and degrading treatment are thus international crimes that affect the International Community as a whole.

The protection of the civilian populations and of the cultural heritage is fundamental to International Humanitarian Law. These are questions that require the maximum attention of international institutions, civilized nations and global civil society because, unfortunately, the proportion of defenceless victims in current conflicts is more than nine to one. Even the traditional concept of military conflict as such is in question. The conflict in Iraq is paradigmatic in this sense.

Intentional, indiscriminate or disproportionate attacks that cause victims among the civilian population constitute war crimes and are prohibited under all circumstances. The condemning of such attacks is linked to that of the use of weapons contrary to the essence of International Humanitarian Law such as cluster munitions, whose process of prohibition has been marked by the Oslo Declaration (2007), the Wellington Declaration (2008) and the Dublin Conference (2008).

The Lleida Declaration takes on certain novel aspects in its last part, with special attention devoted to the protection of journalists who carry on their profession in the context of armed conflict, in dangerous circumstances. With regard to war correspondents it reiterates, in the terms of United Nations Security Council Resolution 1738 (2006), that journalists are civilians and thus under no circumstances may be considered military objectives.

The extremely disturbing rise in the number of deaths of journalists in armed conflicts today is considered in the light of the recognition made by international justice—notably in the ruling of the International Criminal Court for the former Yugoslavia in the Randal Case—of the important role they play for the International Community by preventing, simply by their presence, a vast number of crimes and by providing information and evidence which make it possible to hold accountable those responsible when such crimes do occur.

In terms of international responsibility, the Declaration underscores the obligation of the parties in an armed conflict to “recognize and defend the protection afforded by the distinguishing signs” that identify “aid organisations, observers and professionals of the news media”.

States also have the responsibility to “prevent crimes against journalists...” and to “put an end to impunity...” bringing to trial those responsible for such crimes and remedying the consequences. To do this “it is indispensable that all States create a national legal framework for the investigation of crimes within the scope of International Law, particularly War Crimes”.

The Declaration closes, as could hardly be otherwise, with a specific reference to the legal process underway with regard to the circumstances of the death of José Couso in the Palestine Hotel in Baghdad and the criminal liability that may arise



for those responsible. It emphasises the importance of this legal process in the fight against impunity in armed conflicts on one hand and to the defence of the right to the truth and freedom of information on the other.

In the first place, emphasis should be placed on the dignity and perseverance of the family—which can only be qualified as heroic—as well as their confidence in Spanish justice. In the second place the Administration of Justice itself deserves a sincere recognition for having carried on with its work in spite of numerous difficulties and obstacles, on up to the Supreme Court, whose Decision 1240/2006, of 11 December represents a landmark of worldwide significance.

In the third place, with regard to the difficulties and obstacles mentioned above I must—speaking personally but with the assurance of expressing an impression shared by most if not all of the participants—denounce the attitude of the United States Government for its refusal to provide the legal cooperation required by the Conventions in effect, noting that this refusal has failed to meet with a firm diplomatic response on the part of the Spanish government. The lack of a legal investigation in the United States and the refusal to assist Spanish justice are in violation of the obligation to extradite or try in court (*aut dedere aut judicare*) established by International Law with regard to war crimes.

In addition, on a similar level, it is important to remember the obligation of the Attorney General's Office to “take part in the process of law, urging upon the legal authority the adoption of the necessary precautionary measures and the undertaking of procedural steps aimed at the clarification of the events...” (article 3 of its Organic Statutes), to “promote the action of justice in defence of legality, of the rights of citizens and in the public interest under the guidance of the law” in the terms of article 124 of the Constitution.

The Lleida Declaration affirms in a general fashion that each and every one of the powers of the state, as well as each one of its governmental bodies may be bound by State Responsibility, particularly for violation of the obligations contracted by virtue of the European Convention on Human Rights, as well as those arising from Article 6 (right to a fair trial). In this sense it takes into account the spirit of the “European Union Guidelines on promoting compliance with International Humanitarian Law” (2005), which proclaims that it will act to ensure that war crimes do not go unpunished and that in order to obtain a deterrent effect their prosecution must be visible to society as a whole.

In the same way all public authorities should contribute to compliance with the obligation to “respect and cause to respect” International Humanitarian Law (Common Article 1 of the Geneva Conventions of 1949), an active and solemn commitment to our most fundamental and highly prized values, such as the right to life or humanity, or what Albert Schweitzer called “reverence for life”.

### **Respect for international law in armed conflicts: the Couso case**

University of Lleida-Red Cross  
Lleida, 18 April, 2008

1. We declare that legitimate defence in the event of armed attack is the only exception established by the United Nations Charter that permits the use of force by States and that such use of force is subject to the requisites of necessity, proportionality and immediacy, which express its provisional and subsidiary nature.

2. We affirm that the United Nations Security Council (or in exceptional cases the General Assembly) is the only institution of the International Community with the legitimate right to authorize the use of force, in compliance with the objectives and principles of the United Nations Charter and International Law, and that it must, at the same time, guarantee the application of the Geneva Conventions.

3. We reaffirm that the obligation to respect International Humanitarian Law is binding upon all parties involved in an armed conflict; this obligation is not based solely upon reciprocity but in principles which are recognized by civilized nations as binding, even without any conventional obligation. The protection of human rights also continues to be fully binding in situations of armed conflict, particularly the right not to be arbitrarily deprived of life (Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights).

4. We confirm that in the 21<sup>st</sup> century it is still the civilian population that suffers most from the affects of armed conflicts and is the principle victim of violations of International Humanitarian Law, and we reaffirm the principle of the distinction between civilians and combatants, between civilian property and military objectives and the obligation to respect and protect the cultural heritage, as well as the prohibition of indiscriminate attacks that violate the principle of proportionality. All possible precautions should be taken to protect the lives of defenceless persons.

5. We call upon all states to strengthen the protection of civilians from the indiscriminate use of arms and their effects and to correct as soon as possible the repercussions of a humanitarian nature of the explosives left behind in war and of cluster munitions, in accordance with the Oslo Declaration (2007) and the Wellington Declaration (2008). The Dublin Diplomatic Conference should approve a convention to prohibit the use, development, production, stockpiling and transfer of cluster munitions and to ensure their destruction and assistance for the victims.

6. We condemn absolutely attacks upon civilians who are not direct participants in hostilities, including humanitarian aid personnel, journalists and professionals in the media and their associates, as well as the use of human shields.

7. We reaffirm that the prohibition of torture in International Law is absolute and also applies to armed conflict and the fight against terrorism. There are no objectives or circumstances that justify, in any case, the use of inhumane, cruel or degrading treatment or punishments.

8. We affirm that full compliance with International Humanitarian Law and respect for its basic principles is the only way to guarantee that refugees, displaced persons and other victims receive essential humanitarian assistance. All States should be Parties to Additional Protocols I and II of the Geneva Conventions, the Rome Statute of the International Criminal Court and other pertinent instruments of International Law and to adopt adequate legal and administrative measures to guarantee the application of these instruments in their countries insofar as they grant protection to civilians and, in particular, to journalists.

9. We wish to emphasize the obligation of all parties in an armed conflict to recognize and defend the protection afforded by the distinguishing signs recognized by the Geneva Conventions and their additional protocols for aid organizations, observers and professionals of the news media.

10. We reaffirm that it is the responsibility of States to comply with the obligations imposed upon them by International Law, to prevent crimes against journalists, professionals in the media and their associates, and to put an end to impunity, bringing to trial those responsible for serious violations of International Humanitarian law, and to remedy the effects of such violations, as established by the UNESCO Medellin Declaration (2007). For this purpose it is indispensable that all States create and apply a national legal framework for the investigation of crimes within the scope of International Law, particularly War Crimes.

11. We wish to emphasise that the legal proceedings in the Spanish courts with regard to the death of the journalist José Couso are an especially representative instance of the exercise of jurisdiction to prevent the impunity of crimes against International Humanitarian Law, as a corollary of the principle *delicta puniri reipublicae interest* (the punishment of crimes is in the public interest) and in the defence of freedom of information and the right to the truth.

12. We reaffirm that all the powers of the State, in accordance with the obligations contracted by virtue of the European Convention on Human Rights, have the responsibility to investigate, prosecute and try in a just and fair trial all those actions that may be qualified as crimes against International Humanitarian Law.

Conference *The conflict in Iraq and International Law: the Couso case*  
University of Lleida  
(Lleida, 14, 17-18 April, 2008)  
<http://www.dpub.udl.cat/jornadairaq/es/index.html>



## GLOSARIO DE SIGLAS



- ACLU: Unión Americana por las Libertades Civiles (American Civil Liberties Union).
- ACNUDH: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
- AEPDIRI: Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.
- AG: Asamblea General de las Naciones Unidas.
- AHL: Association of Humanitarian Lawyers.
- AI: Amnistía Internacional.
- ALCA: Área de Libre Comercio de las Américas.
- ALECSO: Organización Educativa, Cultural y Científica de la Liga de los Estados Árabes (Arab League Educational, Cultural and Scientific Organization).
- ANIGP-TV: Asociación Nacional de Informadores Gráficos de Prensa y Televisión.
- APC: Autoridad Provisional de la Coalición.
- APM: Asociación de la Prensa de Madrid.
- ATPI: Alto Tribunal Penal Iraquí.
- BCI: Banco Central Iraquí.
- BVerwG: Tribunal Administrativo Federal de Alemania (Bundesverwaltungsgericht).
- CAN: Comunidad Andina de Naciones.
- CCAN: Consejo de Cooperación del Atlántico Norte.
- CCE: Comisión de las Comunidades Europeas.
- CCR: Centre for Constitutional Rights.
- CDH: Comisión de Derechos Humanos.
- CDI: Comisión de Derecho Internacional.
- CE: Comisión Europea.
- CEAR: Comisión Española de Ayuda al Refugiado.
- CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- CEDIH: Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja.
- CERD: Comité para de Eliminación de la Discriminación Racial.
- CIA: Agencia Central de Inteligencia (Central Intelligence Agency).
- CIDOB: Centro de Estudios y Documentación Internacionales de Barcelona.
- CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- CIJ: Corte Internacional de Justicia.
- CNA: Computer Network Attack.
- CNU: Carta de la Naciones Unidas.
- COE: Consejo de Europa.
- CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CPI: Corte Penal Internacional.
- CPJ: Comité para la Protección de los Periodistas (Committee to Protect Journalists).
- CPJI: Corte Permanente de Justicia Internacional.
- Cs: Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.
- CSCE: Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa.
- CVDT: Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.DACORB: Departamento del Ejército de Revisión de la Objeción de Conciencia (Department of the Army Conscientious Objector Review Board).
- DTO: Delincuencia Transnacional Organizada.
- ECOSOC: Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
- ELK: Ejército de Liberación de Kosovo.
- EMP/ESP: Empresas militares y de seguridad privadas.
- EOMF: Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- ETN: Empresas transnacionales.FAO: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura.



- FARC: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.
- FBI: Federal Bureau of Investigation.
- FDI: Fondo para el Desarrollo de Iraq.
- FIDH: Federación Internacional de los Derechos Humanos.
- FIP: Federación Internacional de Periodistas.
- FMI: Fondo Monetario Internacional.
- Forpronu: Fuerza de Protección de las Naciones Unidas.
- FPNUL: Fuerzas Provisionales de las Naciones Unidas en Líbano.
- ICA: Consejo Internacional de Archivos (International Council of Archives).
- ICBL: Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas (International Campaign to Ban Landmines).
- ICBS: Comité Internacional del Escudo Azul (Committee of the Blue Shield).
- ICOM: Consejo Internacional de Museos (International Council of Museums).
- ICOMOS: Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (International Council on Monuments and Sites).
- ICCROM: Centro Internacional de Estudios para la Conservación y Restauración de Bienes Culturales (International Centre for the Study of the Preservation and Restoration of Cultural Heritage).
- IDI: Instituto de Derecho Internacional.
- IFLA: Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas (International Federation of Library Associations and Institutions).
- IFOR: Fuerza de Implementación (Implementation Force).
- Interpol: Organización Internacional de la Policía Criminal (International Criminal Police Organization).
- IDH: Instituto Internacional de los Derechos del Hombre.
- IPI: Instituto Internacional de Prensa.
- IRA: Irish Republic Army.
- ISAF: Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (International Security Assistance Force).
- LDK: Liga Democrática de Kosovo.
- LEcrim: Ley de enjuiciamiento criminal.
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Merco-sur: Mercado Común del Sur.
- MICRMLR: Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.
- MVK: Misión de Verificación de Kosovo.
- NPR: National Public Radio.
- OACI: Organización de Aviación Civil Internacional.
- OCHA: Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas.
- OEA: Organización de Estados Americanos.
- OIEA: Organismo Internacional de Energía Atómica.
- OIT: Organización Internacional del Trabajo.
- OMC: Organización Mundial de Comercio.
- OMS: Organización Mundial de la Salud.
- ONU: Organización de las Naciones Unidas.
- ONUDD: Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito.
- OSCE: Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.
- OTAN: Organización del Tratado del Atlántico Norte.
- PE: Parlamento Europeo.
- PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- PKK: Partido de los Trabajadores de Kurdistan.
- PMA: Programa Mundial de Alimentos.
- PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- PTSD: trastorno de estrés posttraumático.
- RAI: Radio Televisión Italiana.
- RFY: República Federativa de Yugoslavia.
- RPG: Lanzagranadas.
- RTS: Radio Televisión Serbia.
- SERE: Programa de Supervivencia, Evasión, Resistencia y Rescate.
- SFOR: Fuerza de Estabilización (Stabilisation Force).
- Sismi: Servicio de Información y Seguridad Militar Italiano.
- SOP: Procedimientos Estándares de Operación (Standard Operations Procedures).
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TPIY: Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.
- UCIHL: University Centre for International Humanitarian Law.
- UE: Unión Europea.
- UNAMI: Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Iraq (United Nations Assistance Mission for Iraq).
- UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

- ra (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization).
- UNFPA: Fondo de población de las Naciones Unidas.
- UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (United Nations Children's Fund).
- UNIKOM: Misión de Observación de las Naciones Unidas para Iraq y Kuwait (United Nations Iraq-Kuwait Observation Mission).
- UNMAS: Servicio de Acción de Minas de las Naciones Unidas.
- UNMOVIC: Comisión de las Naciones Unidas de Vigilancia, Verificación e Inspección (United Nations Monitoring, Verification and Inspection Commission).
- UNRWA: Organismo de Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados Palestinos en Oriente Medio (United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East).
- URSS: Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.
- USAID: Agencia para la Ayuda Internacional de Estados Unidos (United States Agency for International Development). WP: fósforo blanco (White Phosphorous).



El 20 de marzo de 2003 una coalición encabezada por Estados Unidos lanzó un ataque contra Iraq. Este hecho escenificó un enfrentamiento entre dos concepciones acerca del futuro de la Humanidad. Por una parte, el “modelo imperial”, en el que un centro de poder (la Administración Bush y sus aliados) aplicó sus propios criterios al margen del Derecho y de las instituciones de la Comunidad Internacional, esgrimiendo una serie de pretextos que no justifican en modo alguno el uso de la fuerza contra un pueblo entero. Y de otra parte, el “modelo federal”, que encarnan las Naciones Unidas y el Derecho Internacional. Este modelo contó con el apoyo explícito de la “sociedad civil”, cuyas movilizaciones constituyeron el fenómeno social más importante de los últimos años.

En este contexto, el periodista José Couso adquiere un sentido especial: es un símbolo mundial de la libertad de información y del derecho a saber la verdad. También es la causa de un largo y tortuoso proceso judicial promovido en España para desentrañar las circunstancias de su muerte y exigir las responsabilidades que correspondan. Un proceso abierto, tras dos sentencias del Tribunal Supremo y el procesamiento de tres militares estadounidenses acusados de este crimen de guerra, muestra que las oscuras “razones de Estado” no deben prevalecer sobre la verdad. Esta auténtica “lucha por el Derecho” —como la denominó hace 140 años Ihering— es un combate que libra la sociedad entera para acabar con la impunidad y restablecer su propia conciencia jurídica.

Son múltiples tanto los ecos como las sinergias que la familia Couso ha despertado a escala nacional e internacional en su indeclinable esfuerzo contra el ejército más poderoso del mundo y los intereses de la superpotencia que lo dirige y ampara, hasta el punto de impedirle aceptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Pero, sin duda, ha sido en Galicia donde esta conciencia social más ha arraigado en el sentir popular. No debe ser casualidad que otro protagonista de este proceso, el General de División, Gonzalo Jar Couso, un militar humanista también gallego, con una profunda dedicación al Derecho Internacional Humanitario, haya participado intensamente en el proceso que describe la presente obra hasta el momento de su prematura muerte. Por ello, la decidida implicación de la Universidade de Santiago de Compostela en la edición del presente libro representa un impulso. Así, a pesar del sufrimiento, 10 años no son nada, porque, en la expresión más que centenaria de Ihering, “prosa en la región de lo puramente objetivo, el Derecho se convierte en poesía en la esfera de lo personal (...) El dolor que experimenta el hombre por la lesión de su derecho, contiene la confesión instintiva, violentamente arrancada de lo que es el Derecho, primeramente lo que es para él, para el individuo, pero inmediatamente también lo que es para la sociedad humana.”